

# Armin von Weschpfennig

## *Verfassungs- und völkerrechtliche Zulässigkeit von Studiengebühren für Internationale Studierende – Novelle des baden-württembergischen Landeshoch- schulgebührengesetzes (LHGebG)*

### *I. Einleitung*

### *II. Die Novelle des Landeshochschulgebührengesetzes*

### *III. Prüfungsmaßstab für die Ungleichbehandlung*

1. Grundsätzliche Bindung an Grund- und Menschenrechte
2. Gleichheitsgerechte Teilhabe am Hochschulstudium nach dem Grundgesetz
  - a) Ausgangspunkt – Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip
  - b) Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht
  - c) Art. 3 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht
  - d) Zwischenfazit
3. Art. 11 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg
4. Europarecht, Völkerrecht und Bedeutung im nationalen Recht
  - a) Sozialpakt
    - aa) Äußerungen des UN-Sozialausschusses
    - bb) Rezeption in Deutschland
    - cc) Exkurs – Bedeutung des Sozialpakts bei der Anwendung nationalen Rechts
    - b) EMRK
    - c) Assoziierungsabkommen
- IV. Verfassungs- und Völkerrechtmäßigkeit der selektiven Abgabenerhebung
  1. Teilhabe an der hochschulischen Ausbildung, insbesondere Art. 11 LV
    - a) Der Vorbehalt des Möglichen
    - b) Differenzierung nach der Teilhabe an der Staatsfinanzierung?
    - c) Gegenseitigkeit, Verbindung zum Lebens- und Kulturkreis, Sozialstaat
      - aa) Völkerrechtliche Gegenseitigkeit
      - bb) Verankerung im Lebens- und Kulturkreis auch im Lichte des Sozialstaates
      - cc) Weitere Gleichstellungen nach Maßgabe der Verfassungsrechtsprechung?

### *d) Sicherung der Studienplätze*

### *e) Art. 2 Abs. 1 GG als Abwehrrecht*

### *2. Ungleichbehandlung bei der Abgabenerhebung – Reichen fiskalische Zwecke?*

### *V. Abschließende Bemerkungen zur Abgabenhöhe*

### *VI. Fazit*

### **I. Einleitung**

Nur kurz währte die relative Ruhe um Studiengebühren, nachdem die allgemeine Abgabepflicht für das Erststudium zuletzt in Niedersachsen im Jahre 2014<sup>1</sup> aufgehoben wurde. Nach mehrmonatiger gesellschaftlicher und politischer Debatte ist in Baden-Württemberg am 17. Mai 2017 das Gesetz zur Änderung des Landeshochschulgebührengesetzes und anderer Gesetze<sup>2</sup> in Kraft getreten. Kern der Novelle ist die Einführung von Studienabgaben für Nicht-EU- und Nicht-EWR-Staatsangehörige – im Gesetz daher zu weitgehend und missverständlich<sup>3</sup> als Studiengebühren für Internationale Studierende bezeichnet – sowie von Zweitstudiengebühren, die im Folgenden nicht näher betrachtet werden sollen. Die Idee ist nicht neu. Die Hochschule für Musik und Theater „Felix Mendelssohn Bartholdy“ Leipzig erhebt basierend auf § 12 Abs. 3 Sächsisches Hochschulfreiheitsgesetz (SächsHSFG) seit dem Wintersemester 2013/14 Abgaben in Höhe von 1.800 EUR pro Semester von Nicht-EU-Ausländern.<sup>4</sup> 2013 ließ auch die damalige grün-rote baden-württembergische Landesregierung im Anschluss an einen Bericht des Landesrechnungshofes zu Musikhochschulen<sup>5</sup> die rechtliche Zulässigkeit von selektiven Abgaben prüfen. Obwohl das Gutachten zu einem

1 Volker Epping, in: ders., Niedersächsisches Hochschulgesetz mit Hochschulzulassungsgesetz. Handkommentar, 2016, Einleitung Rn. 19.  
2 GBl BW 2017, S. 245 sowie LT-Drs. 16/2010. Siehe auch LT-Drs. 16/1617 (Gesetzentwurf) und LT-Drs. 16/1942 (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wissenschaft, Forschung und Kunst). Der Anhörungsentwurf des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst Baden-Württemberg vom 17. November 2016 ist abrufbar unter [https://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-mwk/intern/dateien/pdf/Landeshochschulgesetz/Anh%C3%B6rungsentwurf\\_%C3%84nd erung\\_des\\_LHGebG\\_und\\_des\\_Akademienengesetzes\\_17\\_11\\_2016.pdf](https://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-mwk/intern/dateien/pdf/Landeshochschulgesetz/Anh%C3%B6rungsentwurf_%C3%84nd erung_des_LHGebG_und_des_Akademienengesetzes_17_11_2016.pdf) (zuletzt abgerufen am 29. Mai 2017).

3 Vgl. auch die Kritik der Universität Konstanz und Antwort der Landesregierung, LT-Drs. 16/1617, S. 43.

4 Siehe § 7 Abs. 2 der aktuellen Gebühren- und Entgeltordnung, [http://www.hmt-leipzig.de/hmt/downloads/fileaccess\\_item\\_59786/view/ordnungen/o\\_ao\\_gebuehrenordnung\\_161108\\_000000.pdf](http://www.hmt-leipzig.de/hmt/downloads/fileaccess_item_59786/view/ordnungen/o_ao_gebuehrenordnung_161108_000000.pdf) (zuletzt abgerufen am 29. Mai 2017); kritisch hierzu Armin von Weschpfennig, Rechtliche Grenzen von allgemeinen Studienabgaben. Studienbeiträge oder Akademikersteuer?, 2015, S. 368 ff.

5 Beratende Äußerung. Die Musikhochschulen in Baden-Württemberg, Juli 2013, [http://www.rechnungshof.baden-wuerttemberg.de/media/978/B%C4\\_Musikhochschulen.pdf](http://www.rechnungshof.baden-wuerttemberg.de/media/978/B%C4_Musikhochschulen.pdf), S. 23 ff., 47 f., 52, 57 ff. (zuletzt abgerufen am 29. Mai 2017).

grundsätzlich positiven Ergebnis kam,<sup>6</sup> war ein entsprechendes Gesetz politisch zunächst nicht durchsetzbar.

Die Frage nach der Zulässigkeit solcher selektiven Abgaben wirft eine Vielzahl von bislang nicht abschließend geklärten und eng miteinander verwobenen verfassungs- und völkerrechtlichen Problemen auf. An eine kurze Vorstellung der Novelle (II.) schließt eine umfassende Darstellung des rechtlichen Prüfungsmaßstabs für selektive Studienabgaben an (III.), an dem die Benachteiligung von Ausländern zu messen ist (IV.). Abschließend folgen einige Bemerkungen zur Abgabebemessung (V.).

## II. Die Novelle des Landeshochschulgebührengesetzes

Die Novellierung tritt gesetzessystematisch in die Lücke, die die Abschaffung der allgemeinen Abgabepflicht im Landeshochschulgebührengesetz (LHGebG) hinterlassen hat.<sup>7</sup> Die Ergebnisse der seit Ende 2016 erfolgten umfassenden Anhörung zu einem Anhörungsentwurf wurden teils in den endgültigen Gesetzentwurf eingearbeitet,<sup>8</sup> den der Landtag wiederum nahezu unverändert beschlossen hat. Nach § 3 Abs. 1 LHGebG n.F. erheben die Hochschulen für das Land ohne Begrenzung auf die Musikhochschulen von den sogenannten Internationalen Studierenden – per definitionem sind dies Studierende, die nicht die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR) besitzen – ab dem Wintersemester 2017/18 bzw. dem Herbst-/Wintersemester 2017 für ihr Lehrangebot einschließlich der damit verbundenen spezifischen Betreuung der Internationalen Studierenden in Bachelorstudiengängen, konsekutiven Masterstudiengängen sowie in grundständigen Studiengängen nach § 34 Abs. 1 des Landeshochschulgesetzes (LHG) wie etwa Staatsexamensstudiengängen Studiengebühren. Ausgenommen sind die Hochschulen für den öffentlichen Dienst. § 4 Abs. 1 Satz 1 LHGebG n.F. setzt die Höhe auf 1.500 Euro pro Semester fest. 20 Prozent hiervon erhal-

ten die Hochschulen, wobei die Mittel für die Betreuung und Förderung sonstiger Belange der Internationalen Studierenden verwendet werden sollen, § 4 Abs. 3 LHGebG n.F., während der Rest in den Landeshaushalt fließt, um Kürzungen im Hochschulbereich zu vermeiden.<sup>9</sup>

Dieses Grundkonzept ergänzt der Gesetzgeber durch zahlreiche und nicht einfach zu überblickende Ausnahmen und Befreiungen etwa für Studierende mit einem gefestigten Inlandsbezug, aus Gründen der besonderen Schutzbedürftigkeit, nach Maßgabe von Kooperationsvereinbarungen oder zur Begabtenförderung. Zunächst klammert § 3 Abs. 2 LHGebG n.F. Internationale Studierende mit diversen näher konkretisierten inländischen Hochschulzugangsberechtigungen aus. § 5 Abs. 1 LHGebG n.F., der im Wesentlichen<sup>10</sup> den Regelungen über eine Förderungsberechtigung nach § 8 Abs. 1 bis 3 BAföG nachgebildet ist, sieht Ausnahmen etwa für Ausländer mit qualifiziertem EU-/EWR-Bezug (Familienangehörige),<sup>11</sup> mit qualifiziertem Inlandsbezug (Niederlassungserlaubnis, Daueraufenthaltserlaubnis – EU, Mindestaufenthaltsdauer in Deutschland mit Erwerbstätigkeit) sowie aus Gründen besonderer Schutzbedürftigkeit (z.B. anerkannte Flüchtlinge, anerkannte Asylberechtigte, heimatlose Ausländer) vor. Zur letzten Gruppe zählt auch § 6 Abs. 6 LHGebG n.F., nach dem unter bestimmten Voraussetzungen Studierende mit einer Aufenthaltsgestattung nach § 55 Abs. 1 AsylG von der Gebührenpflicht befreit werden. Darüber hinaus sieht § 6 LHGebG n.F. Gebührenbefreiungen und teils auch -ermäßigungen im Rahmen von Vereinbarungen auf landes-, bundes- und internationaler Ebene sowie unter bestimmten Voraussetzungen auch im Rahmen von Hochschulvereinbarungen (Abs. 1), aus Gründen geringer Inanspruchnahme der universitären Einrichtungen etwa während einer Beurlaubung (Abs. 2), durch Rechtsverordnung (Abs. 3), bei besonderer Begabung (Abs. 4, 5) sowie bei Behinderungen (Abs. 7) vor und eröffnet damit teils erheblichen Gestaltungsspielraum. Bei Befreiungen wegen besonderer Begabung, die auf 5 Prozent der Internationalen Studienanfängerinnen und -anfänger begrenzt

6 Eibe Riedel, Zur rechtlichen Zulässigkeit der gesetzlichen Einführung selektiver Studiengebühren in Baden-Württemberg, 2013, [https://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/mwkwk/intern/dateien/pdf/Studium\\_und\\_Lehre/14\\_11\\_20\\_Gutachten\\_Prof\\_Riedel\\_Nicht-EU-Auslaender.pdf](https://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/mwkwk/intern/dateien/pdf/Studium_und_Lehre/14_11_20_Gutachten_Prof_Riedel_Nicht-EU-Auslaender.pdf) (zuletzt abgerufen am 29. Mai 2017).

7 Art. 2 des Änderungsgesetzes normiert die Gebührenpflicht im Akademiengesetz und sieht einen Verweis auf die entsprechenden Regelungen im Landeshochschulgebührengesetz vor.

8 Vgl. die ausführliche Zusammenfassung in der Entwurfsbegründung, LT-Drs. 16/1617, S. 34 ff.

9 LT-Drs. 16/1617, S. 22.

10 Die Regelungsgefüge unterscheiden sich insbesondere in der Behandlung der EU-Ausländer. Diese sind bereits per definitionem von der Abgabepflicht nach dem LHGebG-E ausgenommen, während das BAföG eine Förderungsberechtigung hier differenziert regelt.

11 Zur Anwendbarkeit des FreizügG/EU auf EWR-Staatsangehörige siehe § 12 FreizügG/EU.

werden, sollen die Hochschulen in besonderem Maße Studierende mit der Staatsangehörigkeit eines Unterzeichnerstaates des Partnerschaftsabkommens der Europäischen Union 2000/483/EG (Cotonou-Abkommen) oder eines Staates, der nach der Feststellung der Vereinten Nationen zu den am geringsten entwickelten Ländern gehört, berücksichtigen. Schließlich kann die Hochschule in Fällen unverschuldeter Notlagen Gebühren ganz oder teilweise stunden oder erlassen, § 7 LH-GebG n.F.

Verfahrensvorschriften enthalten die §§ 9 f. LHGebG n.F. § 20 LHGebG n.F. regelt u.a. den Vertrauensschutz. Insbesondere wird die Gebührenfreiheit des Studiums für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits immatrikulierte Studierende festgeschrieben, Abs. 1 Satz 1. Dagegen verzichtet die Novelle auf ausdifferenzierte Darlehensregelungen, wie sie noch § 7 LHGebG a.F. im Rahmen der allgemeinen Abgabepflicht vorsah.

### III. Prüfungsmaßstab für die Ungleichbehandlung

Selektive Abgabenmodelle müssen nicht nur deutschen Grundrechten und finanzverfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, sondern auch völkerrechtlichen Verpflichtungen Rechnung tragen. Letztere entfalten ihrerseits Rückwirkungen auf das nationale Recht. Die fol-

genden Ausführungen veranschaulichen zunächst die abstrakten Prüfungsmaßstäbe sowie deren Beziehung zueinander, um im Anschluss (IV.) die Verfassungs- und Völkerrechtmäßigkeit der Benachteiligung von Ausländern im LHGebG zu untersuchen.

#### 1. Grundsätzliche Bindung an Grund- und Menschenrechte

Selbstverständlich können sich Ausländer innerhalb der Territorialgewalt der Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich auf Grund- und Menschenrechte berufen. Gleiches gilt – u.U. mit Abstufungen je nach Einzelfall – bei grenzüberschreitenden Sachverhalten.<sup>12</sup> Insoweit ist es problematisch, Ausländern, die sich außerhalb der Territorialgewalt befinden, bereits im Ausgangspunkt den grundrechtlichen Schutz zu versagen, wenn sie einen Antrag auf Immatrikulation stellen.<sup>13</sup> Tatsächlich spielt die im Einzelfall schwierige Frage nach der Reichweite der Grund- und Menschenrechte gegenüber Ausländern außerhalb der territorialen Hoheitsgewalt im hier relevanten Kontext nahezu keine Rolle, weil der Territorialbezug spätestens mit der Einreise hergestellt wird.<sup>14</sup> Auch wenn man kein (Grund-)Recht auf Einreise anerkennt,<sup>15</sup> berechtigt dies nicht zur (grund-)rechtlich ungebundenen Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse während des Aufenthalts.<sup>16</sup>

12 Zu grenzüberschreitenden Sachverhalten und zur Ausübung der Hoheitsgewalt über das eigene Territorium hinweg siehe BVerfGE 100, 313 (362 ff.) – Telekommunikationsüberwachung; EGMR, Urteil vom 23. Februar 2012 – 27765/09, NVwZ 2012, S. 809 Rn. 70 ff. – Hirsi Jamaa u.a./Italien; Peter Badura, Der räumliche Geltungsbereich der Grundrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II, Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, 2006, § 47 Rn. 13 ff., 33; Wolfgang Durner, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 10 Rn. 64 f. (Stand: Januar 2010); Matthias Herdegen, in: Maunz/Dürig, wie vor, Art. 1 Abs. 3 Rn. 71 ff. (Stand: Februar 2005); Helmut Quaritsch, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, 1. Auflage 1992, § 120 Rn. 74 ff.; Frank Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit. Konflikt und Harmonie in den auswärtigen Beziehungen Deutschlands, 2007, S. 118 ff.

13 So vertritt Riedel (Fn. 6), S. 6 f., 53, dass ein Zulassungsantrag (aus dem Ausland) lediglich einen Verwaltungsvorgang im Inland auslöse, der die Eröffnung des Schutzbereiches eines Grundrechts aber noch nicht präjudiziere. Mangels Territorialitätsbezug und personaler Anbindung über die Staatsangehörigkeit könnten sich Ausländer, die außerhalb des deutschen Hoheitsgebietes leben, normalerweise nicht gegenüber deutschen Behörden auf Grund- und Menschenrechte berufen, Riedel (Fn. 6), S. 12. Auch sei eine uneingeschränkte Gewährleistung sämtlicher Rechte des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte gegenüber der gesamten Weltbevölkerung nicht Ziel des Pakts, Riedel (Fn. 6), S. 25. Hieraus schlussfolgern Jakob

Lohmann/David Werdermann, Studiengebühren für Schwache: Baden-Württemberg und das Verfassungs- und Völkerrecht, Blogbeitrag vom 13. Dezember 2016, <http://verfassungsblog.de/studiengebuehren-fuer-schwache-baden-wuerttemberg-und-das-verfassungs-und-voelkerrecht/> (zuletzt abgerufen am 29. Mai 2017), Riedel wende Rechte des Sozialpakts nicht auf Ausländer an, die erst zum Studium nach Deutschland kommen.

14 Nach Lohmann/Werdermann (Fn. 13) wäre allenfalls eine vor Studienbeginn und vor Einreise zu entrichtende Studiengebühr nicht an Grund- und Menschenrechten zu messen. Ein gegen- teiliges Ergebnis vertritt auch Riedel (Fn. 6) nicht, der allerdings teils nur den Gegensatz gefestigter Inlandsbezug vs. Aufenthalt im Ausland sieht, vgl. S. 4 ff., 9 f., ferner 24 f., und damit die dazwischenliegende Fallgruppe (nicht gefestigter Inlandsbezug bei inländischem Aufenthalt) augenscheinlich nicht beleuchtet. So würden die gutachterlichen Untersuchungen „Personen mit hinreichendem Territorialbezug nicht betreffen, das heißt Personen, die sich im Bundesgebiet aufhalten sowie im Ausland befindliche Personen mit sonstigem hinreichenden Inlandsbezug“ (S. 10). Gerade um diese Personengruppe geht es aber im Kern, wie die Zusammenfassung auch verdeutlicht, S. 52 ff. (Nr. 5, 10, 17).

15 BVerfGE 76, 1 (71) – Familiennachzug; Josef Isensee, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1974), S. 49 (60 ff.); a.A. Michael Sachs, Das Recht zum Aufenthalt im Staatsgebiet, in: Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, Die einzelnen Grundrechte, § 102, S. 714 (748 ff.) mit zahlreichen Nachweisen.

16 Lohmann/Werdermann (Fn. 13).

## 2. Gleichheitsgerechte Teilhabe am Hochschulstudium nach dem Grundgesetz

### a) Ausgangspunkt – Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip

Im Zentrum der Grundrechtsprüfung einer Abgabepflicht für das Studium steht das seit der ersten *numerus-clausus*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>17</sup> aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip abgeleitete derivative Teilhaberecht auf freien und gleichen Zugang zum Hochschulstudium.<sup>18</sup> Hiergegen kann eine Abgabepflicht in nicht unerheblicher Höhe mit einem nur rudimentären System zur sozialen Absicherung verstoßen, weil die Hochschulzulassung in Abhängigkeit von den finanziellen Voraussetzungen in unterschiedlichem Maße erschwert wird. Freiheits- und gleichheitsrechtliche Schutzgehalte greifen ineinander über. Gestaltet, wie bei einer selektiven Studienabgabe, der Gesetzgeber die Anforderungen für verschiedene Gruppen unterschiedlich aus, findet *zudem* eine primär am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu messende unmittelbare Ungleichbehandlung im Rahmen eines Gebrauchs des Rechts auf Ausbildungsfreiheit statt. Der Gewährleistungsgehalt der als einheitliches Grundrecht<sup>19</sup> zu verstehenden Berufsfreiheit wird personell jedoch nur Deutschen gewährleistet,<sup>20</sup> sodass auch die teilhaberechtlichen Elemente Studierenden mit anderer Staatsangehörigkeit nicht zustehen.<sup>21</sup>

### b) Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts greift im Bereich der Deutschengrundrechte aber Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht<sup>22</sup> – allerdings nur im Rahmen der dort geregelten Schranken unter Wahrung rechtsstaatlicher Anforderungen,<sup>23</sup> sodass das Schutzniveau reduziert ist.<sup>24</sup> Die Auffangfunktion des Art. 2 Abs. 1 GG zielt jedoch primär auf den abwehrrechtlichen Gehalt und nicht auf Leistungs- und Teilhaberechte, die unter dem Vorbehalt endlicher Ressourcen stehen. Hier ist der Staat zunächst freier, inwieweit er den Kreis der Berechtigten auf Ausländer erstreckt, da es um die Verteilung eines knappen Guts geht.<sup>25</sup> Allerdings ist speziell bei der Ausgestaltung des Hochschulzugangs zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht das Recht auf Hochschulzulassung dem abwehrrechtlichen Schutzgehalt angenähert hat.<sup>26</sup> So ist es konsequent, auch einem etwaigen derivativen Teilhaberecht aus Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip) eine Auffangfunktion für Ausländer beizumessen.

Um nicht die speziellen Garantien des Art. 12 GG zu unterlaufen, setzt ein entsprechendes Teilhaberecht aus Art. 2 Abs. 1 GG aber voraus, dass es nicht erst als Substitut für die fehlenden Garantien im Rahmen der Berufsfreiheit konstruiert werden muss, sondern *ungeachtet* der Ergänzungsfunktion zum Deutschengrundrecht in die dogmatische Struktur eingepasst werden kann. Gera-

17 BVerfGE 33, 303 (331 f.) – *numerus clausus* I.

18 BVerfGE 134, 1 Rn. 36 ff. – Landeskinderregelung; BVerfGE 134, 1 Rn. 18 ff.

19 BVerfGE 33, 303 (329 f.) – *numerus clausus* I; Gerrit Manssen, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 6. Auflage 2010, Art. 12 Rn. 2.

20 Ausdrücklich auch BVerfGE 78, 179 (196) – Heilpraktikergesetz.

21 Anders muss dies möglicherweise wegen des Diskriminierungsverbotes aus Art. 18 AEUV gegenüber sonstigen EU-Staatsangehörigen beurteilt werden, vgl. BVerfGE 129, 78 (91) – Le Corbusier – zu Art. 19 Abs. 3 GG. Jedenfalls ist über Art. 2 Abs. 1 GG ein äquivalentes Schutzniveau zu gewähren, Manssen (Fn. 19) Rn. 267. Anknüpfend an die baden-württembergischen Neuregelungen, die EU-Ausländer nicht belasten, kann auf eine nähere Auseinandersetzung verzichtet werden.

22 Näher zu möglichen Auffanggrundrechten siehe von Weschpfennig (Fn. 4), S. 344 ff.

23 BVerfGE 35, 382 (399 ff.) – Ausländerausweisung; 78, 179 (196) – Heilpraktikergesetz; 104, 337 (346) – Schächten; ebenso Udo Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Fn. 12), Art. 2 Abs. 1 Rn. 32 ff. (Stand: Juli 2001); Jörg Gundel, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Auflage 2011, § 198 Rn. 6.

24 In der Literatur werden weitergehende Begrenzungen vertreten, um der Wertung des Grundgesetzes mit seinen ausdrücklich nur Deutschen vorbehaltenen Rechten Rechnung zu tragen, siehe etwa Christian Hillgruber, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 23), § 200 Rn. 42 ff.: keine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und Differenzierung nach Sinn und Zweck der Beschränkung des personellen Geltungsbereichs auf Deutsche; Christian Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 19), Art. 1 Rn. 207, Art. 2 Rn. 46: Beschränkung auf den Menschenrechts-, bzw. Menschenwürdegehalt. Teilweise wird die Anwendbarkeit des Art. 2 Abs. 1 GG im sachlichen Geltungsbereich eines Deutschengrundrechts sogar gänzlich abgelehnt, Wolfgang Kahl, Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, 2000, S. 22 ff., der einzig Art. 1 Abs. 1 GG für einschlägig hält; Rupert Scholz, in: Maunz/Dürig (Fn. 12), Art. 12 Rn. 104 (Stand: Juni 2006).

25 Vgl. Isensee (Fn. 15), S. 86 f.; Angelika Siehr, Die Deutschengrundrechte des Grundgesetzes. Bürgerrechte im Spannungsfeld von Menschenrechtsidee und Staatsmitgliedschaft, 2001, S. 432 f.

26 Vgl. BVerfGE 33, 303 (336 ff.) – *numerus clausus* I; 134, 1 Rn. 45 ff. – Landeskinderregelung; näher hierzu von Weschpfennig (Fn. 4), S. 98 ff.



de hier zeigt sich die Literatur und Rechtsprechung bei der Begründung von Teilhaberechten aber sehr zurückhaltend.<sup>27</sup> Etwa im Bereich der Bildung werden solche Rechte bislang allenfalls bei der schulischen Bildung angenommen,<sup>28</sup> sodass ohne deutliche dogmatische Erweiterung des Garantiebegriffs kein entsprechendes Aufgangrecht für Ausländer besteht.<sup>29</sup> Denkbar ist hingegen, die Abgabepflicht nicht mehr als Voraussetzung für derivative Teilhabe, sondern als ausbildungsbezogene Belastung und damit als originären Eingriff in eine (aufgang)freiheitsrechtlich geschützte Betätigung zu verstehen.<sup>30</sup> Dann könnte in der Tat Art. 2 Abs. 1 GG im Rahmen seines Schutzbereichs aktiviert werden, wobei letzterer hinter demjenigen eines – hier abgelehnten – Teilhaberechts zurückbleiben dürfte.<sup>31</sup>

#### c) Art. 3 Abs. 1 GG als Aufganggrundrecht

Eine Aufgangfunktion kann zudem Art. 3 Abs. 1 GG zukommen. Zwar spricht hiergegen die bereits im Verfassungstext angelegte Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit,<sup>32</sup> sodass jede weitere Prüfung von Ungleichbehandlungen im Rahmen von Deutschengrundrechten in potenziellen Widerspruch hierzu tritt.<sup>33</sup> Berücksichtigt man jedoch den (objektiv zu ermittelnden<sup>34</sup>) Sinn und Zweck des jeweiligen Deutschenvorbehalts, kann diese Friktion aufgelöst werden.<sup>35</sup> Nur wenn die Ungleichbehandlung mit plausiblen Gründen hierfür korrespondiert, ist sie gerechtfertigt.<sup>36</sup> Wegen der Nähe zu den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG ist eine vertiefte Prüfung erforderlich.<sup>37</sup>

Hingegen ist die Ungleichbehandlung *innerhalb* der Gruppe der abgabepflichtigen Ausländer aufgrund unter-

schiedlicher Teilhabemöglichkeiten nicht an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen, weil sie in der Tat nur Folge einer durch das Grundgesetz selbst legitimierten Differenzierung ist. Insbesondere ersetzt Art. 3 Abs. 1 GG nicht den Schutz durch ein (hier verneintes) derivatives Teilhaberecht auf Hochschulzulassung. Vielmehr sind entsprechende Belastungen nur *reflexhaft* bei der Frage zu berücksichtigen, ob eine bestimmte Gruppe von Ausländern selektiv mit Abgaben belastet werden darf. Auch das Sozialstaatsprinzip oder die Menschenwürde können das Fehlen einer freiheitsrechtlichen Anknüpfung nicht ersetzen,<sup>38</sup> sondern gewährleisten nur die prinzipielle Berücksichtigung einer Zugangserschwerung.

#### d) Zwischenfazit

Entgegen einer ersten Annahme ist die Benachteiligung von Nicht-EU- und Nicht-EWR-Staatsangehörigen rechtefertigungsbedürftig, während die Erschwerung beim Hochschulzugang mangels eines derivativen Teilhabe(freiheits)rechts nur reflexhaft bei der Gleichheitsprüfung und im Rahmen eines etwaigen Eingriffsabwehrrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG berücksichtigt wird.

#### 3. Art. 11 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg

Nach Art. 11 Abs. 1 LV<sup>39</sup> hat jeder junge Mensch – und damit nicht nur Deutsche – ohne Rücksicht auf Herkunft oder wirtschaftliche Lage das Recht auf eine seiner Begabung entsprechende Erziehung und Ausbildung. Abs. 3 verpflichtet Staat, Gemeinden und Gemeindeverbände, die erforderlichen Mittel, insbesondere auch Erziehungsbeihilfen, bereitzustellen. Nach Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes Baden-Württemberg<sup>40</sup> handelt es sich bei Art. 11 Abs. 1 LV nicht um

27 Siehe etwa *Di Fabio* (Fn. 23), Rn. 57 ff.; *Horst Dreier*, in: ders., Grundgesetz. Kommentar, Band I, 3. Auflage 2013, Art. 2 I Rn. 66.

28 BVerwGE 47, 201 (206); 56, 155 (158); vgl. BVerfGE 96, 288 (304 ff.) – Integrative Beschulung; kritisch *Di Fabio* (Fn. 23), Rn. 58, der ein „Grundrecht auf Bildung“ jenseits einer Unterschreitung des Mindeststandards ablehnt; vgl. VGH München, Beschluss vom 14. August 2008 – 7 CE 08.10592, NVwZ-RR 2009, S. 110 (111), dazu kritisch *Gundel* (Fn. 23) Rn. 75.

29 Offener dagegen *Riedel* (Fn. 6), S. 39 f.

30 So BVerfGE 7, 465 (471); 7, 477 (481); BVerwGE 134, 1 Rn. 19, freilich jeweils zu Art. 12 GG; vgl. *Hillgruber* (Fn. 24), Rn. 46.

31 BVerwGE 134, 1 Rn. 20 spricht etwas nebulös vom „potenziell weiter ausgreifende[n] Teilhaberecht“.

32 Schon daher überzeugt es nicht, eine Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit abzulehnen, weil die Länder keine vergleichbare Verantwortung wie der Bund für die Staatsangehörigen tragen, da diese schließlich in ein anderes Bundesland umziehen könnten und damit nicht dem „Rechtsschicksal der Unentrinnbarkeit“ unterlägen, so aber *Tobias Langeloh*, Die Zulässigkeit von finanziellen Einheimischenprivilegierungen, 2016, S. 187 f. Neben der Existenz des Deutschenvorbehalts findet zudem das vom Bundesverfassungsgericht reklamierte bundesweit zusammenhängende System des Hochschulwesens, BVerfGE 33, 303 (352) – *numerus clausus I*; 134, 1 Rn. 62 – *Landeskinderregelung*, keine ausreichende Berücksichtigung. Gleiches gilt – trotz der Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Regelungsgehalts – hinsichtlich Art. 33 Abs. 1 GG, siehe hierzu *von Weschpfennig* (Fn. 4), S. 385 ff.

33 Ablehnend daher *Di Fabio* (Fn. 23), Rn. 29 unter Verweis auf BVerwGE 22, 66 (70 f.).

34 Die Materialien des Parlamentarischen Rates sind hierzu unergiebig, vgl. *Quaritsch* (Fn. 12), Rn. 108 mit Fn. 249.

35 Die Nichtanwendbarkeit des Gleichheitssatzes im Anwendungsbereich von Deutschengrundrechten wäre vergleichbar mit einer Beschränkung von Freiheitsrechten ohne Ansehung der konkreten Umstände nur aufgrund der Existenz eines Schrankenvorbehalts, so *Siehr* (Fn. 25), S. 408.

36 Vgl. *Isensee* (Fn. 15), S. 81 ff.; *Quaritsch* (Fn. 12), Rn. 114 ff.; *Siehr* (Fn. 25), S. 426 ff.

37 BVerfGE 130, 240 (255 f.) – Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz; *Riedel* (Fn. 6), S. 43 f. Art. 3 Abs. 3 GG ist nicht anwendbar, weil die Staatsangehörigkeit dort nicht genannt ist, BVerfGE 51, 1 (30); a.A. *Manfred Zuleeg*, Zur staatsrechtlichen Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland. I. Menschen zweiter Klasse?, DÖV 1973, S. 361 (363 f.).

38 Anders wohl *Zuleeg* (Fn. 37), S. 369, der ein Teilhaberecht aus dem Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG konstruiert.

39 Darüber hinaus sind nach Art. 2 Abs. 1 LV die im Grundgesetz festgelegten Grundrechte Bestandteil der Landesverfassung und unmittelbar geltendes Recht.

40 Urteil vom 30. Mai 2016 – 1 VB 15/15, juris, Rn. 48 ff.; dem folgend *Lohmann/Werdermann* (Fn. 13); ähnlich *Riedel* (Fn. 6), S. 48 ff.

einen bloßen Programmsatz,<sup>41</sup> sondern um ein klares Verfassungsgebot. Darüber hinaus könne aus der Vorschrift ein subjektives Teilhaberecht auf Bildung abgeleitet werden, welches auch den Bereich der Hochschulen einbeziehe. Dieses Teilhaberecht auf Zugang zu geschaffenen öffentlichen berufsbezogenen Ausbildungseinrichtungen sei entsprechend den zu Art. 12 Abs. 1 GG entwickelten Grundsätzen auszuweisen.<sup>42</sup> Damit besteht auf Landesebene ein derivatives Teilhaberecht, welches grundsätzlich ein dem Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip äquivalentes Schutzniveau ohne Beschränkung auf Studierwillige mit deutscher Staatsangehörigkeit gewährleistet.<sup>43</sup>

#### 4. Europarecht, Völkerrecht und Bedeutung im nationalen Recht

Bereits seit Jahrzehnten ist geklärt und soll daher nicht näher vertieft werden, dass EU-Staatsangehörige wegen des Diskriminierungsverbots nach nunmehr Art. 18 AEUV nicht einer Abgabepflicht für das Studium unterworfen werden dürfen, wenn diese nicht gleichermaßen Inländer trifft.<sup>44</sup> Ebenso bestehen sekundärrechtliche Verpflichtungen zur Gleichbehandlung mit Inländern,<sup>45</sup> die mit § 5 Abs. 1 Nr. 1, 2 LHGebG n.F. umgesetzt werden.<sup>46</sup> Weniger eindeutig sind etwaige Verpflichtun-

gen nach diversen Assoziierungsabkommen zwischen der Europäischen Union, den Mitgliedstaaten und Drittstaaten.

Im Bereich der menschenrechtlichen Verträge kann der EMRK Bedeutung zukommen.<sup>47</sup> Im Zentrum der Diskussion um die Erhebung von Studienabgaben stehen jedoch Bestimmungen des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966 (Sozialpakt).<sup>48</sup> Klar ist, dass die Bundesrepublik Deutschland im Außenverhältnis Völkerrecht wahren muss, um nicht vertragsbrüchig zu werden. Ungeachtet dessen strahlt Völkerrecht auch auf die Verfassungsauslegung selbst aus, sodass ein Völkerrechtsverstoß gleichzeitig einen Verfassungsverstoß begründen kann.

##### a) Sozialpakt

Nach Art. 13 Abs. 1 Satz 1 Sozialpakt erkennen die Vertragsstaaten das Recht eines jeden auf Bildung an. Sie erkennen ausweislich des Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt an, dass im Hinblick auf die volle Verwirklichung dieses Rechts der Hochschulunterricht auf jede geeignete Weise, insbesondere durch die allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit jedermann gleichermaßen entsprechend seinen Fähigkeiten zugänglich gemacht werden muss.<sup>49</sup> Nach

41 Offengelassen von BayVG, Entscheidung vom 28. Mai 2009 – Vf. 4-VII-07, BayVBl 2009, S. 593 (595), der die Frage nach dem Bestehen eines Grundrechts auf Bildung offenlässt, jedenfalls aber den Charakter als unmittelbar geltendes objektives Recht bejaht. Zum Meinungsstand siehe *Foroud Shirvani*, Soziale Grundrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VIII, Landesgrundrechte in Deutschland, 2017, § 242 Rn. 52 ff.

42 A.A. *Meinhard Schröder*, Landesgrundrechte in Baden-Württemberg, in: Merten/Papier (Fn. 41), § 245 Rn. 34, der eine Ableitung des Inhalts aus Art. 12 GG verneint.

43 Soweit die Ausweitung des personellen Schutzes für unvereinbar mit Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG und damit nach Art. 31 GG unwirksam angesehen wird, VGH Kassel, Beschluss vom 22. November 2001 – 8 TZ 2949/01 und 8 TG 3044/01, NVwZ-RR 2002, S. 501 (502), überzeugt dies *jedenfalls* dann nicht, wenn nicht die gleiche Teilhabe an zulassungsbeschränkten Studiengängen im Raum steht, näher von *Weschpfennig* (Fn. 4), S. 353 f. m.w.N.

44 EuGH, Urteil vom 13. Februar 1985 – C-293/83, ECLI:EU:C:1985:69 – Gravier. Das gilt nicht gleichermaßen für Unterhaltsbeihilfen, siehe EuGH, Urteil vom 15. März 2005 – C-209/03, ECLI:EU:C:2005:169, Rn. 43 ff. – Bidar; Urteil vom 18. November 2008 – C-158/07, ECLI:EU:C:2008:630, Rn. 55 – Förster.

45 Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG vom 29. April 2004 (Freizügigkeitsrichtlinie), ABl. L 158 vom 30. April 2004, S. 77 (vgl. auch Fn. 113); Art. 11 Abs. 1 lit. b RL 2003/109/EG vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. L 16 vom 23. Januar 2004, S. 44.

46 LT-Drs. 16/1617, S. 23.

47 Nicht näher behandelt wird im Folgenden das UNESCO-Übereinkommen gegen Diskriminierung im Unterrichtswesen, siehe hierzu *Riedel* (Fn. 6), S. 28.

48 BGBl II 1973, S. 1569; für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 3. Januar 1976, BGBl II 1976, S. 428.

49 Auch die Europäische Sozialcharta vom 18. Oktober 1961, BGBl II 1964, S. 1261, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 26. Februar 1965, BGBl II 1965, S. 1122, fordert die Vertragsparteien im Rahmen des Rechts auf berufliche Ausbildung auf, Möglichkeiten des Hochschulzugangs nach alleiniger Maßgabe der persönlichen Eignung zu schaffen, Art. 10 Nr. 1. Gemäß Art. 10 Nr. 4 lit. a Sozialcharta verpflichten sich die Vertragsparteien, durch geeignete Maßnahmen zur vollen Ausnutzung der geschaffenen Möglichkeiten anzuregen, zum Beispiel dadurch, dass alle Gebühren und Kosten herabgesetzt oder abgeschafft werden. Während die Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 20 Abs. 1 lit. c Sozialcharta den allein eignungsabhängigen Hochschulzugang als für sich bindend ansieht, wurde die Geltung u.a. des Art. 10 Nr. 4 Sozialcharta durch einen Vorbehalt ausgeschlossen, BGBl II 1965, S. 1122, ausdrücklich auch BVerwGE 115, 32 (49 f.), missverständlich BVerfGE 134, 1 Rn. 43 – Landeskinderregelung, sodass hieraus keine weiteren Rechte oder Vorgaben abgeleitet werden können. Aus Art. 10 Nr. 1 Sozialcharta können keine weitergehenden Verpflichtungen abgeleitet werden als aus dem Sozialpakt. Im Übrigen beschränkt Abs. 1 des Anhangs zur Sozialcharta den erfassten Personenkreis auf Staatsangehörige anderer Vertragsparteien. Allgemein zur Bindungswirkung der Sozialcharta siehe *Juliane Kokott*, Die Staatsangehörigkeit als Unterscheidungsmerkmal für soziale Rechte von Ausländern, in: Kay Hailbronner, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts. Bilanz und Ausblick an der Jahrtausendwende, 2000, S. 25 (32 f.). Soweit allerdings *Riedel* (Fn. 6), S. 37 aus der ebenfalls in Abs. 1 des Anhangs genannten Voraussetzung, dass erfasste Ausländer zudem ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei haben oder dort ordnungsgemäß beschäftigt sein müssen, schließt, dass bei Ausländern ohne gefestigten Inlandsbezug kein Anspruch auf Befreiung von Studiengebühren bestehen könne, ist dem zu entgegen, dass rechtmäßig in Deutschland Studierende gerade hier ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Art. 2 Abs. 2 Sozialpakt verpflichten sich die Vertragsstaaten u.a. zu gewährleisten, dass die in diesem Pakt verkündeten Rechte ohne Diskriminierung hinsichtlich der nationalen Herkunft ausgeübt werden. Das Diskriminierungsverbot ist damit kein selbstständiges Recht, sondern steht immer im Zusammenhang mit sonstigen Paktrechten.<sup>50</sup> Abs. 3 ermöglicht den Entwicklungsländern eine abgestufte Gewährleistung der wirtschaftlichen Rechte aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Die Auslegung dieser Bestimmungen richtet sich nach den Grundsätzen in Art. 31 ff. des für die Bundesrepublik Deutschland am 20. August 1987 in Kraft getretenen<sup>51</sup> Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (WVK)<sup>52</sup> als Ausdruck allgemeinen Völkergewohnheitsrechts.<sup>53</sup>

#### aa) Äußerungen des UN-Sozialausschusses

Über die Einhaltung des Sozialpakts wacht im Wesentlichen<sup>54</sup> der UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialausschuss) als Unterorgan des Wirtschafts- und Sozialrates der Vereinten Nationen im Rahmen eines Staatenberichtsverfahrens und verfasst hierzu Abschließende Bemerkungen (*concluding observations*). Darüber hinaus konkretisiert er die Paktrechte durch Allgemeine Kommentare (*general comments*). Beide sind völkerrechtlich nicht verbindlich, jedoch können die Abschließenden Bemerkungen Hinweise auf die allgemeine konsenterte Staatenpraxis geben und die Allgemeinen Kommentare als Interpretationshilfe herangezogen werden.<sup>55</sup> Gerichtliche Entscheidungen sieht der Sozialpakt hingegen nicht vor.

Auch das mittlerweile in Kraft getretene Fakultativprotokoll, welches u.a. ein Individualbeschwerdeverfahren vor dem UN-Sozialausschuss vorsieht,<sup>56</sup> hat die Bundesrepublik Deutschland bislang weder unterzeichnet noch ratifiziert.<sup>57</sup>

Eine Analyse der Äußerungen des UN-Sozialausschusses hinterlässt im Ergebnis<sup>58</sup> ein ambivalentes Bild. Die Allgemeinen Kommentare stellen zunächst klar, dass Beeinträchtigungen grundsätzlich rechtfertigungsfähig sind. So erklärt der UN-Sozialausschuss in seinem Allgemeinen Kommentar Nr. 13 (1999), dass die Staaten zwar die Bereitstellung eines unentgeltlichen Grundschulunterrichts in den Vordergrund stellen müssten, darüber hinaus aber auch verpflichtet seien, konkrete Maßnahmen zur Verwirklichung u.a. einer unentgeltlichen Hochschulbildung zu ergreifen.<sup>59</sup> Zwar bestehe eine starke Vermutung für die Unzulässigkeit aller Maßnahmen, die das Recht auf Bildung beschneiden würden, jedoch sei eine Rechtfertigung solcher Maßnahmen, die bewusst auf eine Beschneidung abzielen, nach sorgfältigster Abwägung aller Alternativen möglich. Zu berücksichtigen seien hierbei die Gesamtheit der in dem Pakt gewährten Rechte sowie die volle Nutzung aller dem Vertragsstaat zur Verfügung stehenden Ressourcen.<sup>60</sup> Unterschiedliche Behandlungen etwa aus Gründen der Nationalität sind ausweislich des Allgemeinen Kommentars Nr. 20 (2009) rechtfertigungsfähig. Ziele und Wirkungen der Maßnahmen oder Unterlassungen müssten rechtmäßig und mit der Natur der im Pakt niedergelegten Rechte vereinbar sein sowie ausschließlich dem Zweck der Förderung des allgemeinen Wohls in einer

50 Siehe den Allgemeinen Kommentar Nr. 20 vom 2. Juli 2009, UN-Doc. E/C.12/GC/20, Abs. 7. Ein allgemeines Diskriminierungsverbot ohne Beschränkung auf die konkreten Paktrechte normiert Art. 26 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966, BGBl II 1973, S. 1533, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 23. März 1976, BGBl II 1976, S. 1068, der aber gerade wegen seiner Allgemeinheit nicht über die Garantien des Sozialpakts hinausgehen dürfte. Im Übrigen sind Ungleichbehandlungen rechtfertigungsfähig, vgl. den Allgemeinen Kommentar Nr. 18 des UN-Menschenrechtsausschusses vom 10. November 1989, insb. Ziff. 3, 12, 13. Ausweislich des Vorbehalts, BGBl II 1994, S. 311, zum ersten Fakultativprotokoll, BGBl II 1992, S. 1246, darf schließlich der UN-Menschenrechtsausschuss Diskriminierungen in Bezug auf andere als im Pakt garantierte Rechte im Individualbeschwerdeverfahren nicht überprüfen.

51 BGBl II 1987, S. 757.

52 BGBl II 1985, S. 926.

53 BVerwGE 134, 1 Rn. 47. Relevant sind u.a. die gewöhnliche Bedeutung der Bestimmungen in ihrem Zusammenhang, Ziel und Zweck des Vertrags (Art. 31 Abs. 1 WVK), jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen und jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung

hervorgeht (Art. 31 Abs. 3 lit. a und b WVK). Der Entstehungsgeschichte des Vertrags kommt hingegen nur subsidiäre Bedeutung zu (vgl. Art. 32 WVK).

54 Näher Jakob Schneider, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, Studie des Deutschen Instituts für Menschenrechte, 2004, S. 11 ff. Darüber hinaus werden teils Sonderberichterstatter eingesetzt, die dem UN-Menschenrechtsrat berichten, Sven Söllner, Studiengebühren und das Menschenrecht auf Bildung, 2007, S. 63; Mirja A. Trilsch, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht, 2012, S. 23.

55 BVerwGE 134, 1 Rn. 48; vgl. Andreas von Arnould, Völkerrecht, 3. Auflage 2016, Rn. 278; David Kretzmer, Human Rights, State Reports, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oktober 2008, Rn. 28; Nisuke Ando, General Comments/Recommendations, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, November 2008, Rn. 41.

56 Ausführlich hierzu Trilsch (Fn. 54), S. 55 ff.

57 Siehe [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CESCR&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CESCR&Lang=en) (zuletzt abgerufen am 29. Mai 2017).

58 Ausführlich Söllner (Fn. 54), S. 172 ff.; zusammenfassend BVerwGE 134, 1 Rn. 53 ff.; von Weschpfennig (Fn. 4), S. 285 ff.

59 UN-Doc. E/C.12/1999/10 vom 8. Dezember 1999, Abs. 14, 20.

60 UN-Doc. E/C.12/1999/10 vom 8. Dezember 1999, Abs. 45.

demokratischen Gesellschaft dienen.<sup>61</sup> Speziell zur Staatsangehörigkeit stellt der UN-Sozialausschuss klar, dass diese der Inanspruchnahme der Paktrechte nicht entgegenstehen sollte. Alle Kinder innerhalb eines Staates, einschließlich solcher mit undokumentiertem Status, hätten beispielsweise das Recht auf Bildung.<sup>62</sup>

Diesen recht strikten Anforderungen steht der Duktus der Abschließenden Bemerkungen entgegen. Hier verzichtet der UN-Sozialausschuss in seinen Äußerungen zur Abgabenerhebung regelmäßig darauf, eine Paktverletzung ausdrücklich festzustellen,<sup>63</sup> zeigt sich aber häufig *besorgt* über die Kostenentwicklung im Hochschulwesen und empfiehlt in unterschiedlichen Kombinationen und Akzentuierungen, Hochschulausgaben zu erhöhen, höhere Studienabgaben zu vermeiden, sie zu senken, sozialgerecht auszugestalten oder für einen teilhabegerechten Hochschulzugang zu sorgen.<sup>64</sup> Gegenüber Deutschland zeigte sich der UN-Sozialausschuss zuletzt 2011 ebenfalls besorgt darüber, dass einer früheren Empfehlung zur Senkung und Abschaffung von Studiengebühren<sup>65</sup> nicht nachgekommen worden sei, wiederholte seine Empfehlung und forderte, mehr Zuständigkeiten für bildungspolitische Maßnahmen auf die Bundesebene zu verlagern (*national framework legislation, federal government*).<sup>66</sup> Australien<sup>67</sup> und Neuseeland<sup>68</sup> wurden hingegen nicht für die Erhebung von Studienabgaben gerügt.

Ähnlich ambivalent verhält sich der UN-Sozialausschuss zu Ungleichbehandlungen gegenüber Ausländern bei der Abgabenerhebung. 2009 empfahl er dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland, Ungleichbehandlungen zwischen Staatsangehörigen von Mitglied-

staaten der Europäischen Union und anderen Staatsangehörigen hinsichtlich Ermäßigungen bei Universitätsgebühren und finanziellen Unterstützungen zu beseitigen.<sup>69</sup> 2016 finden sich derartige Empfehlungen nicht mehr,<sup>70</sup> obwohl das Vereinigte Königreich im Staatenbericht auf Unterschiede beim Kreditzugang und der Abgabenhöhe hingewiesen hatte.<sup>71</sup> Ähnliches gilt für Schweden<sup>72</sup> und Österreich,<sup>73</sup> die freilich nur hervorgehoben hatten, welche Gruppen unentgeltliche Hochschulbildung genießen, sowie Neuseeland.<sup>74</sup>

#### bb) Rezeption in Deutschland

Entgegen mancher Stimmen in der Literatur<sup>75</sup> betrachtet die Rechtsprechung Studienabgaben in Höhe von 500 Euro pro Semester im Ergebnis zu Recht durchgehend als völkerrechtskonform. Das Bundesverwaltungsgericht stellt in seiner Leitentscheidung vom 29. April 2009<sup>76</sup> ein aus Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt abgeleitetes Recht auf chancengleichen Zugang zur Hochschulbildung unabhängig von der finanziellen Leistungsfähigkeit der Studierenden in den Vordergrund, während die Unentgeltlichkeit der Hochschulbildung kein verbindlicher Selbstzweck sei, sondern nur dienende Funktion habe. Dabei stützt sich der Senat im Kern auf systematische Erwägungen, die Staatenpraxis, welche Studienabgaben aufgeschlossen gegenübersteht, sowie die mitunter wohlwollende Äußerungspraxis des UN-Sozialausschusses. Folglich gingen die Paktrechte materiell nicht über die grundgesetzlich garantierten Teilhabegarantien aus Art. 12 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip hinaus und der Gesetzgeber habe einen beträchtli-

61 UN-Doc. E/C.12/GC/20 vom 2. Juli 2009, Abs. 13.

62 UN-Doc. E/C.12/GC/20 vom 2. Juli 2009, Abs. 30.

63 Söllner (Fn. 54), S. 184.

64 Vgl. etwa jüngst UN-Doc. E/C.12/GBR/CO/6 vom 14. Juli 2016, Abs. 65 f. zu Studienabgaben im Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland; UN-Doc. E/C.12/CAN/CO/6 vom 23. März 2016, Abs. 57 f. zu Studienabgaben in Kanada.

65 UN-Doc. E/C.12/1Add.68 vom 24. September 2001, Abs. 29, 47.

66 UN-Doc. E/C.12/DEU/CO/5, Abs. 30 vom 12. Juli 2011. Im anschließenden Staatenbericht vom 16. März 2017, UN-Doc. E/C.12/DEU/6, Abs. 239 f., erläutert die Bundesrepublik Deutschland die Kompetenzverteilung im Föderalismus sowie die einschlägige Verfassungsrechtsprechung und merkt die Abschaffung der allgemeinen Studienabgaben an.

67 Staatenbericht vom 7. Januar 2008, UN Doc. E/C.12/AUS/4 i.V.m. HRI/CORE/AUS/2007 vom 22. Juli 2008, Abs. 569 f.; Abschließende Bemerkungen vom 12. Juni 2009, UN Doc. E/C.12/AUS/CO/4, Abs. 31.

68 Staatenbericht vom 17. Januar 2011, UN Doc. E/C.12/NZL/3, Abs. 587 f.; Abschließende Bemerkungen vom 31. Mai 2012, UN Doc. E/C.12/NZL/CO/3.

69 UN-Doc. E/C.12/GBR/CO/5 vom 12. Juni 2009, Abs. 44.

70 UN-Doc. E/C.12/GBR/CO/6 vom 14. Juli 2016.

71 UN-Doc. E/C.12/GBR/6 vom 25. September 2014, Abs. 100 ff.

72 Staatenbericht vom 16. März 2015, UN Doc. E/C.12/SWE/6, Abs.

531; Abschließende Bemerkungen vom 14. Juli 2016, UN Doc. E/C.12/SWE/CO/6.

73 Staatenbericht vom 29. Oktober 2012, UN Doc. E/C.12/AUT/4, Abs. 294; Abschließende Bemerkungen vom 13. Dezember 2013, UN Doc. E/C.12/AUT/CO/4.

74 Staatenbericht vom 17. Januar 2011, UN Doc. E/C.12/NZL/3, Abs. 589, 595 ff.; Abschließende Bemerkungen vom 31. Mai 2012, UN Doc. E/C.12/NZL/CO/3.

75 Thorsten Deppner/Daniel Heck, Studiengebühren vor dem Hintergrund der Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen im Bundesstaat und der Vorgaben materiellen Verfassungsrechts, NVwZ 2008, S. 45 (47); Stefan Lorenzmeier, Völkerrechtswidrigkeit der Einführung von Studiengebühren und deren Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung, NVwZ 2006, S. 759 f.; differenzierend hingegen Bodo Pieroth/Bernd J. Hartmann, Studienbeitragsdarlehen am Maßstab höherrangigen Rechts, NWVBl 2007, S. 81 (82); Eibe Riedel/Sven Söllner, Studiengebühren im Lichte des UN-Sozialpakts, JZ 2006, S. 270 ff.; Söllner (Fn. 54), S. 217 ff.

76 BVerwGE 134, 1 Rn. 46, 49 ff.; siehe hierzu Stefan Lorenzmeier, Entscheidungsanmerkung, ZJS 2009, S. 438 ff.; Armin von Weschpfennig, BVerwGE 134, 1 (Urt. v. 29.04.2009; Az. 6 C 16.08). Verfassungs- und Völkerrechtsmäßigkeit allgemeiner Studienabgaben, in: Armin Steinbach, Verwaltungsrechtsprechung, 2017, S. 218 ff.



chen Regelungsspielraum. Die nordrhein-westfälische Regelung genüge diesen Anforderungen, sodass die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt dahinstehen könne.

Ob die Bewertung hinsichtlich der gegenständlichen Abgaben in Höhe von 1.500 EUR je Semester ebenso ausfällt, kann hier noch dahinstehen. Denn Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt gewährt im Grunde keinen weitergehenden Schutz als Art. 11 LV, wie bereits die nach Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK für die Auslegung relevante Vertragspraxis und die weichen Äußerungen des Sozialausschusses zeigen. Auch gleichheitsrechtlich kann die Beurteilung nicht anders ausfallen, zumal der UN-Sozialausschuss eine höhere Belastung von Ausländern implizit akzeptiert.<sup>77</sup> Jedoch ist der Sozialpakt nach Maßgabe der folgenden Ausführungen im Blick zu behalten.

#### cc) Exkurs – Bedeutung des Sozialpakts bei der Anwendung nationalen Rechts

Fasst man den Schutzgehalt des Sozialpakts entgegen der hier vertretenen Auffassung bereits im Ansatz weiter als denjenigen nationaler Grundrechte und hält demnach

die Einführung von Studienabgaben pauschal für unzulässig,<sup>78</sup> kommt der Rezeption im nationalen Rechtsgefüge entscheidende Bedeutung zu,<sup>79</sup> da keinerlei völkerrechtliche Sanktionen drohen.<sup>80</sup> Auch ansonsten stellt sich die Frage, welchen Einfluss die soeben gewonnenen Erkenntnisse zum Sozialpakt auf das nationale Recht haben.

Ausgangspunkt hierbei war in der Vergangenheit<sup>81</sup> die Vorstellung, dass der Sozialpakt als Teil des einfachen Bundesrechts<sup>82</sup> landesrechtliche Studienabgaben nach Art. 31 GG<sup>83</sup> sperre, wenn Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt unmittelbar anwendbar ist<sup>84</sup> und zudem der (Wieder-) Einführung von Studienabgaben entgegensteht.<sup>85</sup> Mit der Föderalismusreform 2006 hat der Verfassungsgeber allerdings seine Rahmenkompetenz für das Hochschulwesen, worauf auch Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt gestützt war,<sup>86</sup> aufgegeben. In diesem Bereich ist nunmehr im Grunde abweichendes Landesrecht zulässig.<sup>87</sup>

Allerdings bliebe dabei außer Acht, dass die Bundesrepublik Deutschland mit der Ratifizierung des Sozialpakts völkerrechtliche Verpflichtungen übernommen hat und derartige Bindungen nicht durch eine inner-

77 A.A. wohl Söllner (Fn. 54), S. 219 ff. Die dort näher behandelten Fälle sind aber auch unter Art. 3 Abs. 1 GG zu berücksichtigen, siehe unten in und bei Fn. 137.

78 Einen Verstoß annehmend Lohmann/Werdermann (Fn. 13), allerdings ohne Berücksichtigung der Vertragspraxis und der Spruchpraxis des UN-Sozialausschusses.

79 Trilsch (Fn. 54), S. 64.

80 Eibe Riedel/Sven Söllner, Studiengebühren im Lichte des UN-Sozialpakts, JZ 2006, S. 270 (275).

81 Ausführlich und kritisch zum Stand der Diskussion von Weschpfennig (Fn. 4), S. 287 ff.

82 BVerwGE 134, Rn. 46; Söllner (Fn. 54), S. 126 ff. Zur Bedeutung des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG siehe BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (316 f.); 128, 326 (367); Werner Heun, in: Horst Dreier, Grundgesetz. Kommentar, Band II, 3. Auflage 2015, Art. 59 Rn. 47; Christian Tomuschat, Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XI, Internationale Bezüge, 3. Auflage 2013, § 226 Rn. 26; vgl. Matthias Herdegen, in: Maunz/Dürig (Fn. 12), Art. 1 Abs. 2 Rn. 41 (Stand: März 2006). Grundlegend kritisch zur Konzeption Mehrdad Payandeh, Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit. Der Treaty-Override-Beschluss des BVerfG, NJW 2016, S. 1279 (1280 f.) unter Verweis auf Heiko Sauer, vgl. etwa den Hinweis bei Heiko Sauer, Staatsrecht III, 4. Auflage 2016, § 6 Rn. 38d; Dietrich Rauschning, Verfassungspflicht zur Befolgung völkerrechtlicher Verträge, in: Marten Breuer/Astrid Epiney/Andreas Haratsch/Stefanie Schmahl/Norman Weiß, Der Staat im Recht. Festschrift für Eckart Klein zum 70. Geburtstag, 2013, S. 287 (296 ff.).

83 Siehe VG Minden, Urteil vom 26. März 2007 – 9 K 3614/06, NWVBl 2007, S. 314 (315); OVG Münster, Urteil vom 9. Oktober 2007 – 15 A 1596/07, NWVBl 2008, S. 22; Riedel/Söllner (Fn. 75), S. 277, ohne dass jeweils eine kompetenzielle Sperrwirkung vorab thematisiert würde.

84 Zumindest eine partielle unmittelbare Anwendbarkeit annehmend etwa VG Minden, Urteil vom 26. März 2007 – 9 K 3614/06,

NWVBl 2007, S. 314 (315 f.); Deppner/Heck (Fn. 75), S. 46 f.; Söllner (Fn. 54), S. 134 ff.; a.A. OVG Münster, Urteil vom 9. Oktober 2007 – 15 A 1596/07, NWVBl 2008, S. 22 ff. mit einer teils völkerrechtsverweigernden Argumentation. Für die Geltung als Bundesrecht kommt es hingegen nicht darauf an, dass der Vertrag auch unmittelbar anwendbar ist, Rudolf Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht, 6. Auflage 2013, S. 165 f.; Martin Nettesheim, in: Maunz/Dürig (Fn. 12), Art. 59 Rn. 179 f. (Stand: Januar 2009); Ondolf Rojahn, in: Ingo von Münch/Philip Kunig, Grundgesetz. Kommentar, 6. Auflage 2012, Art. 59 Rn. 37 ff.; Michael Schweitzer/Hans-Georg Dederer, Staatsrecht III, 11. Auflage 2016, Rn. 825; Söllner (Fn. 54), S. 134 f.; Rudolf Streinz, in: Michael Sachs, Grundgesetz. Kommentar, 7. Auflage 2014, Art. 59 Rn. 66 f.; Trilsch (Fn. 54), S. 103 mit Fn. 357; missverständlich OVG Münster, Urteil vom 9. Oktober 2007 – 15 A 1596/07, NWVBl 2008, S. 22 f.; BVerfGE 29, 348 (360) – Finanzvertrag.

85 Siehe oben Fn. 75. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf Art. 28 Sozialpakt, der ausdrücklich die Geltung der Paktrechte für alle Teile eines Bundesstaates normiert. Trotz des Rangs als Bundesgesetz ist der materielle Gehalt nach den oben umrissenen völkerrechtlichen Auslegungsregeln zu bestimmen, BVerfGE 4, 157 (168); Rojahn (Fn. 84), Rn. 46 ff. Auf Basis der Transformationslehre ist dies eigentlich wenig konsequent, Sauer (Fn. 82), Rn. 11; Geiger (Fn. 84), S. 165; das Bundesverfassungsgericht hat sich zur Frage der Vollzugs-, oder Transformationslehre bislang nicht eindeutig positioniert, vgl. hierzu Streinz (Fn. 84), Rn. 46, wendet aber dennoch die völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze an.

86 Der Bundesgesetzgeber hatte nach der Rahmenkompetenz des Art. 75 Nr. 1a GG a.F. und der Bedürfnisprüfung nach Art. 72 Abs. 2 GG a.F. die Gesetzgebungskompetenz für die hier relevante Vorschrift des Sozialpakts, BVerwGE 134, 1 Rn. 46; Söllner (Fn. 54), S. 121 ff.; a.A., jedoch ohne Thematisierung der Rahmenkompetenz Deppner/Heck (Fn. 75), S. 46, 48; Riedel (Fn. 6), S. 48.

87 Näher – auch zu abweichenden Auffassungen – siehe von Weschpfennig (Fn. 4), S. 306 ff.

staatliche Anpassung des Kompetenzgefüges aufgehoben werden (können). Der Landesgesetzgeber muss den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes<sup>88</sup> beachten, nach dem innerstaatliches Recht einschließlich der Verfassung nach Möglichkeit so auszulegen ist, dass es mit Völkerrecht nicht in Widerspruch steht.<sup>89</sup> Eine andere Beurteilung erfordert auch nicht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum steuerrechtlichen *treaty override*, in der die besondere Bedeutung menschenrechtlicher Verträge – also auch des Sozialpakts – im Anschluss an Art. 1 Abs. 2 GG betont wird.<sup>90</sup> Damit sind bei der Auslegung von Grundrechten die völkerrechtlichen Garantien aus Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt zu berücksichtigen, ohne dass dessen unmittelbare Anwendbarkeit hierfür zwingende Voraussetzung wäre. Denn auch nicht unmittelbar vollziehbares Völkerrecht kann als Auslegungshilfe herangezogen werden, wird aber im Ergebnis oftmals weniger gewichtig sein.<sup>91</sup> Die Äußerungen des UN-Sozialausschusses sind

nach Maßgabe der obigen Ausführungen im Blick zu behalten, *obwohl* diese völkerrechtlich nicht bindend sind.<sup>92</sup> Eine den Entscheidungen des EGMR vergleichbare Wirkung<sup>93</sup> kommt ihnen aber nicht zu, zumal die Bundesrepublik Deutschland das Fakultativprotokoll weder unterzeichnet noch ratifiziert hat und somit eine quasi-judizielle Funktion<sup>94</sup> des Ausschusses gerade nicht anerkennt. Im Ergebnis kann daher der Schutzgehalt des Sozialpakts bedeutsam für die Auslegung von Grundrechten werden.

#### b) EMRK

Nach Art. 2 Satz 1 des Zusatzprotokolls vom 20. März 1952 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten<sup>95</sup> (EMRK-ZP) darf niemandem das Recht auf Bildung verwehrt werden. Art. 14 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04. November 1950<sup>96</sup> (EMRK), der nach Art. 5 EMRK-ZP auf das Recht auf Bildung anzuwenden

88 BVerfGE 111, 307 (315 ff.) – Görgülü; 128, 326 (367 ff.) – Sicherungsverwahrung.

89 Näher von *Weschpfennig* (Fn. 4), S. 309 ff.

90 BVerfGE 141, 1 Rn. 76, vgl. auch die einleitende Bemerkung des Sondervotums, S. 44 Rn. 1. Zwar erscheint es problematisch, jedem Menschenrecht (auch) unter Bezugnahme auf Art. 1 Abs. 2 GG eine quasi-verfassungskräftige Stellung einzuräumen, vgl. *Wolfram Höfling*, in: Sachs (Fn. 84), Art. 1 Rn. 77, der eine „Rezeptionsautomatik in dem Sinne, dass jedes neue internationale Abkommen integrativer Bestandteil des Art. 1 II wird“, ablehnt und hier ausdrücklich auch auf den Sozialpakt verweist. Problematisch ist zunächst, dass der Sozialpakt, anders als die EMRK, mit deutlichem Abstand zur Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes ausgearbeitet wurde. Jedoch findet das Recht auf Bildung im Sozialpakt eine materielle Anknüpfung an Art. 26 Nr. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 (UN Doc. A/RES/217 A (III)). Hiernach hat jeder das Recht auf Bildung. Die Bildung ist unentgeltlich, zum mindesten der Grundschulunterricht und die grundlegende Bildung. Der Hochschulunterricht muss allen gleichermaßen entsprechend ihren Fähigkeiten offenstehen. Diese Erklärung, die der Parlamentarische Rat bei der Ausarbeitung des Grundgesetzes vor Augen hatte (*Herdegen* (Fn. 82), Rn. 2 (Stand: Februar 2004); *Karl-Peter Sommermann*, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung – Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes –, AöR 114 (1989), S. 391 (417); vgl. *Werner Matz*, in: JöR n.F. 1 (1951), S. 50), wird durch die korrespondierende Garantie im Sozialpakt auf vertraglicher Ebene gesichert, sodass sie Auslegungsmaßstab auch für die Verfassung ist, *Herdegen* (Fn. 82), Rn. 50 (Stand: März 2006); vgl. auch *Sommermann*, wie vor, S. 419. Kritisch zur Einschränkung der Vertragsbindung etwa *Ulrich Fastenrath*, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 2015 – 2 BvL 1/12, JZ 2016, S. 636 (637 ff.); *Christina Henrich*, Das Bundesverfassungsgericht und die Verteidigung der Demokratie. Was kümmert mich meine Zustimmung von gestern?, NVwZ 2016, S. 668 ff.

91 *Sommermann* (Fn. 90), S. 420 f. Zu berücksichtigen ist zudem, dass sich zwar die materielle Auslegung des Vertrages nach Völkerrecht richtet, die unmittelbare Anwendbarkeit aber nach nationalen Maßstäben zu beurteilen ist, so BVerfGE 29, 348 (360); OVG Münster, Urteil vom 9. Oktober 2007 – 15 A 1596/07,

NWVBl 2008, S. 22 f.; *Trilsch* (Fn. 54), S. 104, sodass im Einzelfall ein völkerrechtlicher Verstoß festgestellt werden kann, obwohl es an der unmittelbaren Anwendbarkeit fehlt. Enger dagegen *Frank Hoffmeister*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland, Der Staat 40 (2001), S. 349 (369 f.).

92 Vgl. auch *Kristina Schönfeldt*, Soft Law makes hard cases: Transformation von Soft Law in Hard Law durch nationale Behörden und Gerichte? – am Beispiel des Flüchtlingsrechts, in: Rechtskultur und Globalisierung, Tagungsband der 57. Assistententagung, Hagen 2017 (im Erscheinen, Nomos), unter VI. und VII. Zurückhaltend BVerfG (K), Beschluss vom 8. Dezember 2014 – 2 BvR 450/11, NVwZ 2015, S. 361, Rn. 45 f. im Rahmen der Genfer Flüchtlingskonvention.

93 So hat das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Geltungskraft der EMRK klargestellt, dass selbst Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Verfahren gegen andere Vertragsstaaten, in denen die Bindungswirkung des Art. 46 Abs. 1 EMRK nicht greift, Anlass geben, „die nationale Rechtsordnung zu überprüfen und sich bei einer möglicherweise erforderlichen Änderung an der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu orientieren“, BVerfGE 111, 307 (320), ähnlich BVerfGE 128, 326 (368): faktische Orientierungs- und Leitfunktion. Dogmatisch wird diese Pflicht in der Literatur durch die Überlegung untermauert, dass die Rechtsprechung des EGMR den aktuellen Entwicklungsstand der Konvention und ihrer Protokolle widerspiegeln. Vom Gerichtshof geschaffenes Richterrecht entwickle die EMRK fort und habe an der völkerrechtlichen Verbindlichkeit der Konvention teil, *Jens Meyer-Ladewig/Kathrin Brunozzi*, in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer, EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 4. Auflage 2017, Art. 46 Rn. 16 f.

94 *Trilsch* (Fn. 54), S. 58.

95 BGBl II 1956, S. 1879, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 13. Februar 1957, BGBl II 1957, S. 226, Bekanntmachung der Neufassung vom 22. Oktober 2010, BGBl II 2010, S. 1196.

96 BGBl II 1952, S. 685, 953, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 3. September 1953, BGBl II 1954, S. 14, Bekanntmachung der Neufassung vom 22. Oktober 2010, BGBl II 2010, S. 1196.

ist, garantiert den Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ohne Diskriminierung u.a. wegen der nationalen Herkunft. Nach der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte schließt das Recht auf Bildung auch das höhere Unterrichtswesen, also die Hochschulausbildung, ein.<sup>97</sup> Einschränkungen müssen für die Betroffenen vorhersehbar sein und ein berechtigtes Ziel verfolgen; die verwendeten Mittel müssen zudem verhältnismäßig zu dem verfolgten Ziel sein.<sup>98</sup> Speziell zur Erhebung von Schulgeld ausschließlich von Ausländern hebt das Gericht hervor, dass der Beurteilungsspielraum mit der Bildungsebene wachse, sodass – ohne dass dies entscheidungserheblich gewesen wäre – auf Hochschulebene höhere Gebühren oder Gebühren überhaupt für Ausländer üblich zu sein schienen und derzeit als gerechtfertigt gelten könnten.<sup>99</sup> Damit ergeben sich aus der EMRK freiheitsrechtlich keine weitergehenden Verpflichtungen, die über die grundrechtlichen Anforderungen hinausgehen. Gleichheitsrechtlich werden Differenzierungen zwischen Staatsangehörigen und Ausländern sogar ausdrücklich gebilligt.

#### c) Assoziierungsabkommen

Weitere Vorgaben können etwa Assoziierungsabkommen enthalten, die in der Regel als gemischte Abkommen<sup>100</sup> geschlossen werden.

So bestimmt im Verhältnis der Europäischen Union zur Türkei Art. 9 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziierungsrates vom 19. September 1980 über die Entwick-

lung der Assoziation,<sup>101</sup> dass türkische Kinder, die in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft ordnungsgemäß bei ihren Eltern wohnen, welche dort ordnungsgemäß beschäftigt sind oder waren, unter Zugrundelegung derselben Qualifikationen wie die Kinder von Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates<sup>102</sup> u.a. zur beruflichen Bildung zugelassen werden. Sie können in diesem Mitgliedstaat Anspruch auf die Vorteile haben, die nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften in diesem Bereich vorgesehen sind. Der EuGH sieht sowohl Assoziierungsabkommen<sup>103</sup> als auch hierzu ergangene Beschlüsse des Assoziierungsrates<sup>104</sup> als „integrierende Bestandteile“ der Unionsrechtsordnung an und begründet so die eigene Entscheidungszuständigkeit.<sup>105</sup> Einzelne Bestimmungen könnten ohne Durchführungsvorschriften in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar sein,<sup>106</sup> was das Gericht für den hier relevanten Art. 9 Beschluss Nr. 1/80 angenommen hat.<sup>107</sup> Inhaltlich garantiert die Bestimmung trotz der einschränkenden Formulierung („können“) im Grunde einen diskriminierungsfreien Zugang zum Bildungssystem<sup>108</sup> einschließlich des Hochschulzugangs.<sup>109</sup> Türkischen Kindern, die unter die Norm fallen, darf daher der Vorteil des kostenlosen Studiums, den Deutsche genießen, nicht vorenthalten werden.<sup>110</sup>

Auch das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992 (EWR-Abkommen)<sup>111</sup> verbietet in Art. 4 unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Abkommens *in seinem Anwendungsbereich* jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.

97 EGMR, Urteil vom 10. November 2005 – 44774/98, NVwZ 2006, S. 1389 Rn. 134 ff. – Leyla Sahin/Türkei.

98 EGMR, Urteil vom 10. November 2005 – 44774/98, NVwZ 2006, S. 1389 Rn. 154 – Leyla Sahin/Türkei.

99 EGMR, Urteil vom 21. Juni 2011 – 5335/05, Rn. 56 – Ponomaryov/Bulgarien.

100 Marc Bungenberg, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, AEUV Art. 217 Rn. 40; Silja Vöneky/Britta Beylage-Haarmann, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV Art. 217 Rn. 21 (Stand: April 2015).

101 Abrufbar u.a. bei beck-online. Gestützt auf das Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei vom 12. September 1963, BGBl II 1964, S. 509, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 1. Dezember 1964, BGBl II 1964, S. 1959.

102 Es findet keine Gleichbehandlung mit deutschen Staatsangehörigen sondern nur mit Unionsbürgern statt, Art. 59 des Zusatzprotokolls für die Übergangsphase der Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei, BGBl II 1972, S. 385; hierzu Thomas Oberhäuser, in: Rainer M. Hofmann, Ausländerrecht, 2. Auflage 2016, EWG-Türkei Artikel 9 Rn. 6 f. Wegen des Diskriminierungsverbots nach Art. 18 AEUV wird sich hier regelmäßig kein Unterschied ergeben.

103 EuGH, Urteil vom 30. September 1987 – C-12/86, ECLI:EU:C:1987:400, Rn. 7 – Demirel.

104 EuGH, Urteil vom 14. November 1989 – C-30/88,

ECLI:EU:C:1989:422; Rn. 13 – Griechenland/Kommission; Urteil vom 20. September 1990 – C-192/89, ECLI:EU:C:1990:322, Rn. 9f. – Sevince.

105 Zur Problematik bei gemischten Abkommen siehe Vöneky/Beylage-Haarmann (Fn. 100), Rn. 69.

106 Zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Annahme einer unmittelbaren Wirkung siehe Kirsten Schmalenbach, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert, EUV/AEUV. Kommentar, 5. Auflage 2016, AEUV Art. 217 Rn. 26 ff.; Vöneky/Beylage-Haarmann (Fn. 100), Rn. 68; differenzierend hinsichtlich gemischter Abkommen Bungenberg (Fn. 100), Rn. 44.

107 EuGH, Urteil vom 7. Juli 2005 – C-374/03, ECLI:EU:C:2005:435, Rn. 19 ff., 34 ff. – Gürol. LT-Drs. 16/1617, S. 23, 44 stellt insoweit klar, dass das Wissenschaftsministerium den Hochschulen entsprechende Durchführungshinweise gibt, während eine ausdrückliche gesetzliche Normierung nicht erfolgt.

108 Vgl. Clemens Kurzidem, in: Winfried Kluth/Andreas Heusch, BeckOK Ausländerrecht, 13. Edition, Stand: 1. Februar 2017, EWG-Türkei Artikel 9 Rn. 1 f.; Oberhäuser (Fn. 102).

109 EuGH, Urteil vom 7. Juli 2005 – C-374/03, ECLI:EU:C:2005:435 – Gürol – betraf die Gewährung von Ausbildungsförderung für ein Auslandsstudium nach dem BAföG.

110 I.E. ebenso Riedel (Fn. 6), S. 8.

111 BGBl II 1993, S. 266, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 1. Januar 1994, BGBl II 1994, S. 515.

Nach Art. 78 EWR-Abkommen im Anschluss an Art. 1 Abs. 2 lit. f EWR-Abkommen verstärken und erweitern die Vertragsparteien ihre Zusammenarbeit im Rahmen der Gemeinschaftsaktionen u.a. im Bereich der allgemeinen und beruflichen Bildung. Etwa das Protokoll Nr. 29 über die berufliche Bildung greift dies auf und erklärt die Übereinkunft der Vertragsparteien, sich um eine Verbesserung der Bedingungen für Studenten aus anderen EWR-Staaten zu bemühen. Ausdrücklich unberührt bleiben bereits vor Inkrafttreten des Abkommens bestehende Möglichkeiten einzelner Mitgliedstaaten in Bezug auf von Ausländern erhobene Studiengebühren. Da die Vorschriften parallel zum Unionsrecht auszulegen sind,<sup>112</sup> ist auch hier ebenso wie bei Art. 18 AEUV der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots eröffnet, sodass Studienabgaben von EWR-Staatsangehörigen nur dann erhoben werden dürfen, wenn Inländer ebenso abgabepflichtig sind. Diese Verpflichtung greifen die Neuregelungen im LHGebG n.F. auf.<sup>113</sup>

Relevant ist schließlich das entwicklungspolitisch ausgerichtete Cotonou-Abkommen zwischen den Staaten in Afrika, im Karibischen Raum und im Pazifischen Ozean (sog. AKP-Staaten), der Europäischen Gemeinschaft und deren Mitgliedstaaten vom 23. Juni 2000.<sup>114</sup> Nach Art. 1 Satz 1 Cotonou-Abkommen soll das Abkommen – im Sinne eines Beitrags zu Frieden und Sicherheit und zur Förderung eines stabilen und demokratischen politischen Umfelds – die wirtschaftliche, kulturelle und soziale Entwicklung der AKP-Staaten fördern und beschleunigen. Nach dem ausweislich der Überschrift die Einwanderung regelnden Art. 13 Abs. 1 Cotonou-Abkommen bestätigen die Vertragsparteien ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen zur Gewährleistung der Achtung der Menschenwürde und zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung. Abs. 2 erklärt – sehr verschachtelt – Einigkeit in der Auffassung, dass Partnerschaft im Zusammenhang mit Einwanderung bedeutet, dass sich legal im Hoheitsgebiet aufhaltende Staatsangehörige von Drittländern im Rahmen einer Integrationspolitik Rechte und Pflichten erhalten, die denjenigen der eigenen Staatsangehörigen „vergleichbar“ sind, die Dis-

kriminierung im wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und kulturellen Leben verringert wird und dass Maßnahmen gegen Rassismus und Fremdenfeindlichkeit entwickelt werden. Ein spezielles Diskriminierungsverbot für Arbeitnehmer hinsichtlich der Arbeits-, Entlohnungs- und Kündigungsbedingungen enthält Abs. 3. Die bloße Erklärung der Einigkeit zielt nicht auf zwingende Verpflichtungen ab,<sup>115</sup> jedenfalls erfordert die „vergleichbare“ Rechtsgewährung im Rahmen einer Integrationspolitik nicht die *sofortige* Gleichstellung eines jeden AKP-Staatsangehörigen nach Einreise, sodass weder im Hinblick auf die Unentgeltlichkeit noch Gleichbehandlung *konkrete* Pflichten bestehen. Art. 13 Abs. 2 Cotonou-Abkommen ist mehr als politische Leitlinie zu verstehen. Weiterhin unterstützt nach Abs. 4 die Gemeinschaft durch nationale und regionale Kooperationsprogramme die Ausbildung von AKP-Staatsangehörigen u.a. auch in Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Auch dies begründet noch keine unmittelbare Verpflichtung zur Unentgeltlichkeit, gleichwohl erscheint es sinnvoll, die besondere Stellung der AKP-Staatsangehörigen besonders zu berücksichtigen, um die Vertragsziele nicht zu konterkarieren.<sup>116</sup>

#### IV. Verfassungs- und Völkerrechtmäßigkeit der selektiven Abgabenerhebung

Bereits nach der Darstellung des Prüfungsmaßstabs ist klar, dass EU-Ausländer, EWR-Staatsangehörige und auch unter bestimmten Voraussetzungen Kinder von in Deutschland lebenden türkischen Staatsangehörigen bezüglich der Erhebung von Studienabgaben nicht gegenüber Inländern benachteiligt werden dürfen. Dem trägt § 3 Abs. 1 LHGebG n.F. mit der Definition des erfassten Personenkreises weitgehend Rechnung. Die Verpflichtung zur Gleichstellung bestimmter türkischer Staatsangehöriger ist unmittelbar anwendbar; eine ausdrückliche gesetzgeberische Klarstellung wäre aber wünschenswert gewesen.

Weiterhin sind bei der Vereinbarkeit der Abgaben mit höherrangigem Recht gedanklich zwei Problemkrei-

112 Vgl. Ulrich Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 100), AEUV Art. 45 Rn. 42 (Stand: September 2010).

113 Gleiches gilt im Ergebnis für die Behandlung von Familienangehörigen nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 LHGebG n.F., siehe oben in und bei Fn. 45, weil nach dem Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 158/2007 vom 7. Dezember 2007, ABl. L 124 vom 08. Mai 2008, S. 20 die Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG in das EWR-Abkommen aufgenommen wurde. Die Privilegierung von Angehörigen nicht erwerbstätiger EWR-Staatsangehöriger (vgl. § 3 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU), dürfte dagegen nicht notwendig gewesen sein, weil derartige Aufenthaltsrechte nicht allgemein Gegenstand des EWR-Abkommens sind. Nicht überzeugend ist es, die Gleichbehandlungspflicht für EWR-Staats-

angehörige pauschal auf Art. 28 EWR-Abkommen zu stützen, weil dort nur die Arbeitnehmerfreizügigkeit normiert ist, so aber LT-Drs. 16/1617, S. 20.

114 BGBl. II 2002, S. 325, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 1. April 2003, BGBl. II 2007, S. 533.

115 Vgl. Andreas Zimmermann, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 100), AEUV Artikel 209 Rn. 44 f., der nur zu Art. 13 Abs. 3 des Abkommens die unmittelbare Anwendbarkeit feststellt; vgl. auch Cordula Kreis/Effe Schmid, Bosman und kein Ende? Zur Vereinbarkeit von Ausländerklauseln mit dem AKP-EG-Partnerschaftsabkommen, NZA 2003, S. 1013 (1015 f.).

116 Ähnlich Riedel (Fn. 6), S. 8 f.



se zu unterscheiden. *Erstens*: Ist eine selektive Studienabgabe in Höhe von 1.500 Euro pro Semester ohne Darlehenssystem mit derivativen Teilhaberechten vereinbar? Prüfungsmaßstab ist im Ausgangspunkt Art. 11 LV, der seine Gewährleistung nicht auf Deutsche beschränkt, und auf Bundesebene ggf. Art. 2 Abs. 1 GG. *Zweitens*: Darf der Gesetzgeber Ausländer gegenüber deutschen Staatsangehörigen benachteiligen? Welche Ausländer sind Deutschen gleichzustellen? Prüfungsmaßstab ist Art. 3 Abs. 1 GG, wobei bei dem Ausmaß der Ungleichbehandlung die Erschwerung des Hochschulzugangs als Reflex zu berücksichtigen ist. Beide Problemkreise haben große Schnittmengen und können – wie sogleich zu zeigen ist – nicht getrennt behandelt werden.

#### 1. Teilhabe an der hochschulischen Ausbildung, insbesondere Art. 11 LV

Bedenkt man den argumentativen Aufwand, mit dem die Gerichte die Sozialverträglichkeit von Studienabgaben in Höhe von 500 EUR je Semester bei ausdifferenzierten Darlehenssystemen begründen, spricht einiges dafür, dass sie – jedenfalls am Maßstab des berufsbezogenen Teilhaberechts und damit auch des Art. 11 LV – *allgemeine* Abgaben in dreifacher Höhe ohne nennenswerte soziale Abfederungen nicht akzeptieren würden, weil sie abschreckende Wirkungen in nicht mehr nur unerheblichem Ausmaß haben dürften. Fraglich ist, ob die Rechtslage anders zu beurteilen ist, wenn nur eine kleine Gruppe von ausländischen Staatsangehörigen betroffen ist.

##### a) Der Vorbehalt des Möglichen

Nach ständiger Rechtsprechung stehen Teilhaberechte unter dem Vorbehalt des Möglichen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen

kann.<sup>117</sup> Welcher materielle Gehalt hinter dieser Formel steht, bleibt aber auch nach Jahrzehnten einigermaßen im Dunklen.<sup>118</sup> Klar dürfte hingegen sein, dass nicht alle, die aus dem Ausland durch ein Immatrikulationsbegehren *selbst* den Kontakt zur deutschen Hoheitsgewalt suchen, die gleichen Teilhabegarantien wie Einheimische genießen.<sup>119</sup> An diesem Befund wird *prima facie* auch ein nur kurzzeitiger (legaler) Aufenthalt im Inland nichts grundsätzlich ändern,<sup>120</sup> selbst wenn innerhalb dieser Gruppe eine sozialgerechte Teilhabe nach obigem Verständnis nicht mehr gesichert ist.<sup>121</sup> Hingegen ist eine *pauschale* Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit ohne Ansehung der näheren Umstände ebenfalls nicht tragfähig,<sup>122</sup> zumal damit völlig außer Acht gelassen würde, dass Art. 11 LV gerade nicht zwischen Deutschen und Ausländern differenziert.<sup>123</sup> Mit der notwendigen Grenzziehung ist eine Ungleichbehandlung verbunden, sodass der *gleichheitsrechtliche* Aspekt<sup>124</sup> an Bedeutung gewinnt.

##### b) Differenzierung nach der Teilhabe an der Staatsfinanzierung?

In der politischen Diskussion wird zuweilen das Steuerargument bemüht, wonach diejenigen, die in Deutschland keine Steuern zahlen, einen anderweitigen Beitrag zur ansonsten steuerfinanzierten Hochschulbildung leisten müssten.<sup>125</sup> Diese plakative Aussage greift bei näherer Betrachtung zu kurz. Es ist gerade eine Errungenschaft des Steuerstaates, keine Dienst- und Sachleistungen der Bürger in Anspruch nehmen zu müssen, sondern staatliche Aufgaben selbst mittels Steuerfinanzierung zu erfüllen. Dabei werden Steuern *unabhängig* von einer bestimmten Gegenleistung erhoben und ermöglichen es dem Staat, seine Ziele und die Mittelverwendung selbst zu bestimmen.<sup>126</sup> Folglich verfängt es nicht, tatsächlich

117 BVerfGE 33, 303 (333) – *numerus clausus I*; BVerwGE 134, 1 Rn. 20.

118 *Trilsch* (Fn. 54), S. 364 ff., 448.

119 Dies akzeptieren im Grunde wohl auch *Lohmann/Werdermann* (Fn. 13) zur fehlenden extraterritorialen Anwendbarkeit des Sozialpakts.

120 Diese Schlussfolgerung ziehen *Lohmann/Werdermann* (Fn. 13) unter Berufung auf die nunmehr bestehende territoriale Anwendbarkeit dann nicht mehr. Anders verhält es sich bei einem Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, welches nach BVerfGE 132, 134 Rn. 94 f. – Asylbewerberleistungsgesetz – auch migrationspolitisch nicht zu relativieren ist.

121 A.A. wohl *Langeloh* (Fn. 32), S. 200 f.; Wie hier wohl *Riedel* (Fn. 6), S. 44 f., 49, der zwar einerseits die sozialgerechte Ausgestaltung für auf dem Territorium befindliche Ausländer fordert, andererseits aber Ausländer ohne gefestigten Inlandsbezug hieran wohl nicht teilhaben lässt (anders wiederum S. 54 selbst für „illegale“ Ausländer).

122 BVerfGE 130, 240 (253, 255) – Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz; *Klaus Ferdinand Gärditz*, Der Bürgerstatus im Lichte

von Migration und europäischer Integration, VVDStRL 72 (2012), S. 44 (82); *Gundel* (Fn. 23) Rn. 86; *Lohmann/Werdermann* (Fn. 13); *Jörg Menzel*, Internationales Öffentliches Recht. Verfassungs- und Verwaltungsgrenzrecht in Zeiten offener Staatlichkeit, 2011, S. 585, ferner S. 431 f.

123 Eine pauschale Differenzierung trägt gleichheitsrechtlich aber auch nicht im Bereich der Deutschengrundrechte, siehe oben III. 2. c).

124 Vgl. auch *Riedel* (Fn. 6), S. 41 ff.

125 Vgl. Studiengebühren für EU-Ausländer in Baden-Württemberg, *Forschung & Lehre* 2017, S. 7 zu einer Erklärung des Ministerpräsidenten *Winfried Kretschmann*; BT-Drs. VI/1975, S. 25 zu § 8 BAföG.

126 Näher *Josef Isensee*, Steuerstaat als Staatsform, in: Rolf Stödter/Werner Thieme, Hamburg, Deutschland, Europa. Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, 1977, S. 409, (414 ff.); vgl. BVerfG, Beschluss vom 2. Juni 2003 – 2 BvR 1775/02, NJW 2003, S. 2600 zur Steuerermäßigung aus Gewissensgründen.

nicht bestehende Gegenleistungsverhältnisse zwischen Steuerschuldnern und staatlicher Leistung in Form der Hochschulausbildung zu konstruieren und als Abgrenzungsmerkmal zu stilisieren. Im Übrigen tragen ausländische Studierende während ihrer Ausbildung *zumindest* über indirekte Steuern zur Staatsfinanzierung bei. Differenzierungen nach einer Steuerschuldnerschaft mögen als *politisch* legitim betrachtet werden, verfassungsrechtlich belastbar sind sie nicht.<sup>127</sup>

#### c) Gegenseitigkeit, Verbindung zum Lebens- und Kulturkreis, Sozialstaat

So folgt das Gesetz einem anderen Ansatz, nämlich der Frage nach (völkerrechtlichen) Verpflichtungen gegenüber anderen Staaten oder Hochschulen sowie – was allerdings eine gewisse Definitionsunschärfe einschließt – der Verbindung des einzelnen Studierwilligen zur „Gesellschaft“ bzw. zum Lebens- und Kulturkreis<sup>128</sup> (Stichwort: Solidargemeinschaft), die wiederum von sozialstaatlichen Aspekten flankiert wird. Wer hierin bereits im Ausgangspunkt ein Indiz für ein „vormoderne Zugehörigkeitsverständnis“ erblickt,<sup>129</sup> läuft Gefahr, entgegen der weltweit durchaus üblichen und etwa vom EGMR und in neuerer Zeit implizit auch vom UN-Sozialausschuss akzeptierten Staatspraxis die verfassungsrechtliche Reichweite von Teilhaberechten an endlichen Ressourcen überzustrapazieren und den Gestaltungsspielraum des demokratisch legitimierten Gesetzgebers deutlich einzuengen. Auch im offenen Staat sind Unterscheidungen nach der Staatsangehörigkeit grundsätzlich legitim<sup>130</sup> zumal sie das Grundgesetz vielfach vorsieht.<sup>131</sup> Soweit Leistungs- und Teilhaberechte – wie bei Art. 11 LV – nicht nur Deutschen garantiert werden, können entsprechende Differenzierungen dennoch zulässig sein,<sup>132</sup> müssen aber ihrerseits völker- und europarecht-

lichen Verpflichtungen genügen. Die Öffnung des Staates nach außen entfaltet darüber hinaus Rückwirkungen auf die grundrechtlichen Garantien selbst und kann deren Verständnis im Laufe der Zeit ändern.<sup>133</sup> Dem muss (und kann) eine Differenzierung nach der Verbindung zum hiesigen Lebens- und Kulturkreis Rechnung tragen.<sup>134</sup>

#### aa) Völkerrechtliche Gegenseitigkeit

In Umsetzung des Grundsatzes der völkerrechtlichen Gegenseitigkeit<sup>135</sup> sind zunächst wechselseitige Verpflichtungen zur Unentgeltlichkeit oder zumindest zur Gleichbehandlung mit Inländern zu beachten. Hieran knüpfen neben den bereits thematisierten europarechtlichen Verpflichtungen – wenngleich sehr zurückhaltend – die Öffnungsklauseln des § 6 Abs. 1 LHGebG n.F. für völkerrechtliche Verträge, die Abgabefreiheit garantieren, sowie entsprechende Hochschulkooperationen an.

Darüber hinaus ist es rechtspolitisch zu begrüßen, wenn Staatsangehörige der AKP-Staaten bei individuellen Befreiungsentscheidungen durch die Hochschulen nach § 6 Abs. 4 Satz 2 LHGebG n.F. besonders zu berücksichtigen sind. Systematisch verfehlt ist jedoch die Implementierung im Befreiungstatbestand für besondere Begabungen. Befreiungen aus entwicklungspolitischen Gründen und solche zur Begabtenförderung haben im Ausgangspunkt nicht gemein und können sich lediglich bei der jeweiligen Einzelperson treffen. Da die Befreiungen nach § 6 Abs. 5 LHGebG n.F. prozentual gedeckelt sind, konterkariert die Ergänzung des ursprünglichen Anhörungsentwurfs, der die Berücksichtigung der AKP-Staatsangehörigen noch nicht enthielt, die Begabtenförderung. Hier wäre ein gesonderter Befreiungstatbestand systematisch vorzugswürdig gewesen.

127 Vgl. auch BVerfG (K), Beschluss vom 13. Januar 1993 – 1 BvR 1690/92, NVwZ 1993, S. 881 (882).

128 BVerfG (K), Beschluss vom 13. Januar 1993 – 1 BvR 1690/92, NVwZ 1993, S. 881 (882).

129 Lohmann/Werdermann (Fn. 13) zur Berufung auf den Lebens- und Kulturkreis.

130 Dies stellen auch Lohmann/Werdermann (Fn. 13) nicht gänzlich in Abrede. Vgl. Gärditz (Fn. 122), S. 68 f.; Christian Walter, Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration, VVDStRL 72 (2012), S. 7 (25 f.), der auch nach Auswertung der neuesten Verfassungsrechtsprechung die Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit lediglich als „tendenziell ‚verdächtig‘“ sieht; vgl. Menzel (Fn. 122), S. 111 f., 431 f.; ferner Schorkopf (Fn. 12), S. 13 ff.

131 Gundel (Fn. 23) Rn. 84.

132 Siehe etwa BVerfGE 123, 267 Rn. 350 – Lissabon – zu Sozialleistungen gegenüber Unionsbürgern.

133 Vgl. Walter (Fn. 130), S. 26 zur rasanten Entwicklung in der Sozialrechtsprechung: „Was gestern noch unionsrechtliche Zumutung war, ist heute verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit“ für alle Ausländer.

134 Vgl. auch die einfachrechtliche Bestandsaufnahme bei Gärditz (Fn. 122), S. 60 ff.

135 Siehe hierzu BVerfGE 30, 409 ff., sehr zweifelhaft allerdings in abwehrrechtlichen Konstellationen; allgemein Matthias Knauff, Reziprozität, in: Burkhard Schöbener, Völkerrecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen, 2014. Soweit BVerfGE 130, 240 (259 f.) – Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz – wegen der Bundeskompetenz nach Art. 32 Abs. 1 GG Zweifel daran hat, ob sich ein Landesgesetzgeber im Verhältnis zu anderen Staaten auf Gegenseitigkeit berufen kann, trägt dies jedenfalls dann nicht, wenn durch Landesrecht nur Gegenseitigkeitsverpflichtungen des Bundes Rechnung getragen wird. Näher zum Problem siehe Langeloh (Fn. 32), S. 194 f.

bb) Verankerung im Lebens- und Kulturkreis auch im Lichte des Sozialstaates

Eine Gleichstellung kann auch dann vernünftigerweise von der Gesellschaft beansprucht werden, wenn die betroffene Gruppe ausreichend im Lebens- und Kulturkreis verankert ist, was insbesondere bei sogenannten Bildungsinländern und solchen, die bereits längere Zeit in Deutschland rechtmäßig leben und aufgrund ihrer Erwerbstätigkeit in der Gesellschaft integriert sind,<sup>136</sup> anzunehmen ist. Hinzu kommen bei besonderer Gewichtung des Sozialstaatsprinzips Befreiungen bei Behinderungen sowie insbesondere Fälle besonderer Schutzbedürftigkeit, bei denen ein längerfristiger Aufenthalt regelmäßig zu erwarten ist.<sup>137</sup> Soweit zusätzlich Familienangehörige begünstigt werden, ist dies durch Art. 6 GG angezeigt. Insgesamt ist daher die Übernahme der Regelungsinhalte des § 8 BAföG zu begrüßen, ohne dass hier jeder Tatbestand zur uneingeschränkten Gleichstellung separat auf seine verfassungsrechtliche Notwendigkeit überprüft werden soll.<sup>138</sup>

cc) Weitere Gleichstellungen nach Maßgabe der Verfassungsrechtsprechung?

Ausgehend von der jüngeren Verfassungsrechtsprechung vertreten Lohmann/Werdermann, dass eine Belastung der Gruppe der abgabepflichtigen Ausländer gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoße, weil tatsächlich „ein großer Teil der ausländischen Studierenden nach dem Studium in Deutschland“ verbleibe.<sup>139</sup> Damit könnte – übertragen auf das Teilhaberecht an der Hochschulbildung – die Kostenfreiheit vernünftigerweise von der Gesellschaft verlangt werden, da jedenfalls künftig ein relevanter Anteil im Lebens- und Kulturkreis verankert sein wird. Tatsächlich besteht hieran auch ein staatliches Interesse<sup>140</sup>; § 16 Abs. 4 AufenthG stellt entsprechende Rechtsgrundlagen bereit.<sup>141</sup> Dies liefe im Ergebnis man-

gels Prognostizierbarkeit, wer genau in Deutschland verbleiben wird, auf einen *teilhaberechtlichen* Anspruch aller studierwilligen Ausländer an einer sozialgerecht ausgestalteten Hochschulzulassung ungeachtet einer Bindung zum Lebens- und Kulturkreis hinaus und würde *gleichheitsrechtlich* weitergehend eine Gleichstellung mit deutschen Studierenden – derzeit also die Kostenfreiheit – bedeuten.

In der Tat genügt die Staatsangehörigkeit nicht als alleiniges Differenzierungskriterium, sondern bedarf ausweislich der neueren Verfassungsrechtsprechung eines hinreichenden Sachgrundes,<sup>142</sup> sodass eine Differenzierung nach einem prognostizierten längerfristigen Aufenthalt nur dann tragfähig ist, wenn hierzu eine gesicherte Prognose möglich erscheint. Ist dies nicht der Fall oder werden sogar zahlreiche Ausländer, die später in Deutschland verbleiben, entgegen der Prognose benachteiligt, entfällt der Sachgrund.<sup>143</sup> Ganz in diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht – was seinerzeit eine deutliche Erweiterung des verfassungsrechtlichen Schutzes bedeutete<sup>144</sup> – zu familienbezogenen staatlichen Geldleistungen entschieden, dass zwar im Grunde Differenzierungen nach dem voraussichtlichen dauerhaften Aufenthalt zulässig seien, allerdings die jeweilige gesetzliche Gruppenbildung diesen Anforderungen nicht genüge.<sup>145</sup>

Im Unterschied hierzu geht es bei der Abgabenerhebung gegenüber ausländischen Staatsangehörigen allerdings nicht um eine Benachteiligung in einem durch Art. 6 GG besonders geschützten Bereich, sondern um die Ausgestaltung einer grundsätzlich gewährten Teilhabe an der hochschulischen Ausbildung, sodass schon die Frage nach der Vergleichbarkeit der Sachverhalte aufgeworfen werden kann. Abgesehen davon handelte es sich in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts um benachteiligte Ausländer, die bereits seit Jahren in Deutschland lebten und entsprechende Aufenthaltsbe-

136 Langeloh (Fn. 32), S. 193 f.; von Weschpfennig (Fn. 4), S. 351 f.

137 Ähnlich Söllner (Fn. 54), S. 221 f. zum Sozialpakt unter Auswertung der Äußerungen des UN-Sozialausschusses; vgl. BVerfGE 111, 160 (174 f.) – Kindergeld für Ausländer.

138 Eine bundesrechtliche Verpflichtung zur Gleichstellung besteht gegenüber heimatlosen Ausländern nach § 14 Abs. 1 HAuslG. Zu den Anforderungen an eine verfassungsmäßige Differenzierung vgl. zunächst BVerfGE 111, 160 (171 ff.) – Kindergeld für Ausländer.

139 Lohmann/Werdermann (Fn. 13) unter Verweis auf Studien und Analysen des DAAD, <https://www.daad.de/der-daad/analysen-und-studien/de/39273-verbleib-auslaendischer-studierender-und-absolventen-in-deutschland/> (zuletzt abgerufen am 29. Mai 2017), die allerdings keine gesicherten Erkenntnisse ermöglichen, ausdrücklich [https://www.daad.de/medien/der-daad/analysen-studien/final\\_blickpunkt-verbleib.pdf](https://www.daad.de/medien/der-daad/analysen-studien/final_blickpunkt-verbleib.pdf) (zuletzt abgerufen am 29. Mai 2017), S. 2 f.

140 Zur Situation an Musikhochschulen siehe unten d).

141 In diesem Zusammenhang könnte noch ein Verstoß gegen den Grundsatz der Bundestreue in Betracht zu ziehen sein, der im Ergebnis aber jedenfalls daran scheitert, dass der Landesgesetzgeber weder eine bundesgesetzlich nur vage formulierte Zielrichtung konterkarieren will, noch dies mit der bloßen Einführung von Ausländerstudienabgaben bei gleichbleibenden Vorabquoten für Ausländer im Zulassungsrecht tatsächlich könnte.

142 BVerfGE 130, 240 (255) – Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz.

143 Vgl. auch Langeloh (Fn. 32), S. 189 ff.

144 Walter (Fn. 130), S. 26. Siehe etwa die deutlich liberalere Grundtendenz bei Kokott (Fn. 49), S. 36 ff.

145 BVerfGE 111, 160 (174 f.) – Kindergeld für Ausländer; 111, 176 (185) – Erziehungsgeld für Ausländer; 130, 240 (257 f.) – Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz; 132, 72 Rn. 26 ff. – Elterngeld für Ausländer; vgl. ferner BVerfGE 116, 229 – Asylbewerberleistungsgesetz – zur (verfassungswidrigen) Pflicht zum Einsatz von Schmerzensgeld für den Lebensunterhalt.

fugnisse bzw. -erlaubnisse hatten. Derartige Fallgestaltungen werden durch das LHGebG n.F. ausreichend aufgefangen.<sup>146</sup> Wird die Bindung zur Bundesrepublik Deutschland jedoch erst durch das Studium und typischerweise ausschließlich zum Zwecke des Studiums begründet, trägt der Staat keine vergleichbare Verantwortung, jene Leistungen ebenso kostenlos zur Verfügung zu stellen wie Deutschen und im Inland verankerten Personen.<sup>147</sup> Dies akzeptiert auch das Bundesverfassungsgericht, wenn die Leistung von Landeserziehungsgeld von einem gewissen Mindestaufenthalt abhängig gemacht werden darf, um „Mitnahmeeffekte“ zu vermeiden.<sup>148</sup> Dies korrespondiert mit der Rechtsprechung des EGMR, der Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit bei der Erhebung von Studienabgaben billigt,<sup>149</sup> und im Grunde auch mit der Äußerungspraxis des UN-Sozialausschusses. Gleiches gilt im Bereich der Ausbildungsförderung trotz Art. 18 AEUV sogar gegenüber EU-Ausländern.<sup>150</sup>

Dass Ausländer u.U. *gleichheitsrechtlich* benachteiligt werden dürfen, bedeutet aber noch nicht zwangsläufig, dass der Gesetzgeber ihnen auch *teilhaberechtlich* eine sozialgerechte Ausgestaltung vorenthalten darf. Aber selbst wenn man aus dem Sozialstaatsprinzip eine teilhabeberechtigte Ausgestaltung auch gegenüber ausländischen Studierenden ohne festen Bezug zur Bundesrepublik ableitet,<sup>151</sup> gilt dies nicht im selben Maße wie gegenüber der Allgemeinheit. Nimmt der Gesetzgeber besonders Schutzbedürftige wie etwa Flüchtlinge oder Staatenlose von der Abgabepflicht aus, stellt besondere Befreiungstatbestände für Angehörige aus Entwicklungsländern bereit und schafft eine Verordnungsermächtigung für weitere Ermäßigungen oder Befreiungen, genügt er etwaigen Verpflichtungen aus dem Sozialstaatsprinzip.<sup>152</sup>

Auch Völkerrecht gewährt nach den obigen Feststellungen keine weitergehenden Rechte.

Ein uneingeschränktes Recht auf sozialgerechte Teilhabe an der Hochschulbildung für alle, die einen Kontakt zur Bundesrepublik nur durch die Studienaufnahme begründen, besteht folglich nicht und ginge über das hinaus, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann. Entsprechend dürfte vonseiten der ausländischen Studierenden häufig die Erwartungshaltung, im Ausland unentgeltlich zu studieren, fehlen. Entscheidungsspielräume sollen auch künftig beim demokratisch legitimierten Gesetzgeber verbleiben und nicht durch immer weiter gerichtlich präzisierete verfassungsrechtliche Direktiven überformt werden.<sup>153</sup>

#### d) Sicherung der Studienplätze

Einschränkungsmöglichkeiten ergeben sich darüber hinaus u.U. zum Zwecke der Sicherung der Studienplätze für Studieninteressierte mit inländischer Hochschulzugangsberechtigung sowie EU-/EWR-Staatsangehörige.<sup>154</sup> Gerade dies war Motivation des Landesrechnungshofes bei der Forderung der Studienabgabe für Ausländer, weil an den Musikhochschulen ein sehr hoher Ausländeranteil und abgesehen davon ohnehin über den Bedarf des inländischen Arbeitsmarkts ausgebildet werde.<sup>155</sup> Dieser Einwand verfängt allerdings nicht für die gesamte Hochschulausbildung, zumal dem bereits durch Vorabquoten für Ausländer im Rahmen der Hochschulzulassung Rechnung getragen wird. Speziell für die Musikhochschulen würde sich die Frage stellen, ob nicht ebenso eine Quotenregelung und damit eine Anpassung des § 10 HZG BW als milderes Mittel in Betracht käme.<sup>156</sup> Darüber hinaus wäre zu diskutieren,

146 Darüber hinaus enthält § 6 Abs. 3 LHGebG n.F. eine Verordnungsermächtigung für Gebührenermäßigungen oder -befreiungen aus Gründen der Billigkeit oder aus öffentlichem Interesse.

147 Anders verhält es sich allenfalls, sobald gesicherte Erkenntnisse über einen dauerhaften Verbleib des (weit) überwiegenden Teils der ausländischen Studierenden in der Bundesrepublik nach Studienabschluss vorliegen. Dann könnte eine Differenzierung jedenfalls aus diesem Grunde ausscheiden. Zu überlegen wäre zudem, dass auch deutsche Staatsangehörige, die dauerhaft nicht in Deutschland leben, der Abgabepflicht unterworfen werden müssten. Hier besteht aber zumindest eine Bindung und damit auch Verantwortlichkeit über das Band der Staatsangehörigkeit.

148 BVerfGE 130, 240 (258) – Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz.

149 Siehe oben in und bei Fn. 99.

150 Siehe Art. 24 Abs. 2 Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG.

151 Siehe die Nachweise in Fn. 121.

152 Bei der Gewährung von Darlehensansprüchen unter den vergangenen Studienabgabenmodellen, die gerade die sozialgerechte Ausgestaltung der Abgabenerhebung sichern sollten, wurden Differenzierungen nach der Intensität der Zugehörigkeit meist

stillschweigend und selten – freilich aus gleichheitsrechtlicher Perspektive – ausdrücklich, so BayVerfGH, Entscheidung vom 28. Mai 2009 – Vf. 4-VII-07, BayVBl 2009, S. 593 (600) akzeptiert.

153 Folgt man der hier favorisierten Bewertung nicht, ist nicht zwangsläufig jede Differenzierung verfassungswidrig. In Betracht zu ziehen ist etwa, eine Rückzahlungspflicht des Staates bei einer bestimmten Aufenthaltsdauer nach Studienabschluss vorzusehen, um so dem verfassungsgerichtlich akzeptierten Differenzierungskriterium des dauerhaften Aufenthalts zu genügen. Ebenso möglich ist eine umfassend sozialgerechte Ausgestaltung der Abgabenerhebung von Ausländern, sodass teilhaberechtlich keine Einwände bestehen. Eine gleichheitsrechtliche Rechtfertigung erschiene vor diesem Hintergrund ebenfalls denkbar.

154 Vgl. EuGH, Urteil vom 13. April 2010 – C-73/08, ECLI:EU:C:2010:181, Rn. 82 – Bressol u.a., Chaverot u.a., der sogar eine Benachteiligung von EU-Ausländern unter bestimmten Umständen akzeptiert.

155 Siehe oben Fn. 5, insb. S. 47 f.

156 So, allgemein, Langeloh (Fn. 32), S. 189; a.A. der Bericht des Landesrechnungshofes (Fn. 5), S. 57 f.



ob einzig ausländische Studierende an Musikhochschulen belastet werden dürfen. Da sich der Landesgesetzgeber für ein anderes Regelungssystem entschieden hat, soll den hiermit verbundenen Rechtsproblemen nicht weiter nachgegangen werden.

#### e) Art. 2 Abs. 1 GG als Abwehrrecht

Ist, etwa in einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, Art. 2 Abs. 1 GG Prüfungsmaßstab, genügt das Gesetz im Ergebnis ebenfalls den verfassungsrechtlichen Anforderungen, schon weil der Schutz deutlich weniger ausgeprägt ist.<sup>157</sup>

#### 2. Ungleichbehandlung bei der Abgabenerhebung – Reichen fiskalische Zwecke?

Da die teilhaberechtliche Prüfung bereits im Wesentlichen gleichheitsorientiert ausgerichtet ist, spricht *a limine* alles für die Verfassungsmäßigkeit der Benachteiligung von Ausländern ohne ausreichenden Inlandsbezug, zumal hierbei die Intensität der Beschränkung des Hochschulzugangs nur als Reflex zu berücksichtigen ist.<sup>158</sup> Allerdings wurde bislang nur die zulässige Differenzierung im Rahmen des Vorbehalts des Möglichen diskutiert. Ausgeblendet wurde die Frage, inwieweit der Gesetzgeber überhaupt aus fiskalischen Gründen (Stichwort: Einnahmeerzielung) differenzieren darf.

Die Abgabenerhebung dient neben dem Zweck der Einnahmeerzielung der Kostendeckung und ist damit als solche vor dem Grundsatz der Belastungsgleichheit gerechtfertigt.<sup>159</sup> Eine Ungleichbehandlung *innerhalb* der Gruppe der Studierenden ist hiervon aber nicht erfasst, insbesondere deckt die Abgabe nur zu einem geringen Teil (geplante) Zusatzangebote für Ausländer. Lenkungszwecke<sup>160</sup> kommen nach der gegenständlichen Regelung

nicht in Betracht, weil eine Reduzierung der Anzahl ausländischer Studierender gar nicht beabsichtigt ist.<sup>161</sup> Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung zu (Geld-)Leistungen und zur Steuererhebung davon aus, dass rein fiskalische Gründe keine Schlechterstellung begründeten, weil dann Differenzierungen stets mit der Absicht von Teileinsparungen gerechtfertigt werden könnten.<sup>162</sup> Finanzpolitische Belange dürfen aber auch dann berücksichtigt werden, wenn die Ungleichbehandlung nicht auf einer sachfremden Differenzierung beruht.<sup>163</sup> Zulässiges Differenzierungskriterium ist auch hier das Maß an Verbindung zum Lebens- und Kulturkreis der Bundesrepublik Deutschland. Die (rein) gleichheitsrechtliche Bewertung korrespondiert auch insoweit mit der teilhaberechtlichen.

#### V. Abschließende Bemerkungen zur Abgabenhöhe

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben finden ihren Ausgangspunkt in der Überlegung, dass im Steuerstaat die Einnahmeerzielung grundsätzlich durch Steuern erfolgen muss und sonstige Einnahmequellen besonders rechtfertigungsbedürftig sind.<sup>164</sup> Notwendig sind insbesondere eine deutliche Unterscheidbarkeit gegenüber der Steuer sowie die Wahrung des Grundsatzes der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen, die regelmäßig auch Steuern leisten.<sup>165</sup>

Gebühren und Beiträge (sog. Vorzugslasten) unterscheiden sich gegenüber der Steuer durch die Abhängigkeit von einer besonderen staatlichen Leistung (Gegenleistung).<sup>166</sup> Bei der Kategorisierung ist weder eine etwaige Abgabenüberhöhung<sup>167</sup> noch die geplante Mittelverwendung<sup>168</sup> relevant. Eine selektive Studienabgabe für

157 Jedoch ist zu überlegen, aus Gründen der Völkerrechtsfreundlichkeit den Schutzgehalt im Lichte des Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt zu verstärken.

158 Auch hier ist über eine Schutzbereichsverstärkung nachzudenken, siehe Fn. 157.

159 Näher hierzu sowie zur zulässigen Höhe siehe unten V.

160 Siehe unten V.

161 Siehe im Übrigen oben III. 1. c).

162 BVerfGE 107, 218 (253) – Beamtenbesoldung Ost I; 111, 160 (172) – Kindergeld für Ausländer; 121, 241 (258) – Teilzeitbeamter; 122, 210 (233) – Pendlerpauschale; 130, 240 (258 f.) – Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz, jeweils m.w.N.

163 BVerfGE 130, 240 (258 f.) – Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz. Zu konstruktiven Schwierigkeiten einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im strengen Sinne siehe von Weschpfennig (Fn. 4), S. 155 ff.

164 BVerfGE 93, 319 (342 f.) – Wasserpfeffennig; Hans-Wolfgang Arndt/Holger Jenzen, Grundzüge des allgemeinen Steuer- und Abgabenrechts, 2005, S. 46 f.; Helmut Siekmann, in: Sachs (Fn. 84), Vor Art. 104a Rn. 69 ff. Näher zur Entwicklung der Rechtsprechung sowie zur Kritik siehe von Weschpfennig (Fn. 4), S. 166 ff., 190 ff.

165 Näher BVerfGE 93, 319 (342 f.) – Wasserpfeffennig; 108, 1 (15 ff.)

– Rückmeldegebühr; 123, 132 (141) – Holzabsatzfonds; Hanno Kube, in: Volker Epping/Christian Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 32. Edition, Stand: 1. März 2017, Art. 105 Rn. 10; Klaus Vogel/Christian Waldhoff, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Vorbem. z. Art. 104a-115 Rn. 404 ff. (Stand: November 1997).

166 Markus Heintzen, in: von Münch/Kunig (Fn. 84), Art. 105 Rn. 20; Siekmann (Fn. 164), Rn. 95, 97.

167 BVerfGE 108, 1 (13 f.) – Rückmeldegebühr – m.w.N. auch zur Gegenposition.

168 BVerwGE 134, 1 Rn. 17 im Anschluss an Marcel Bosse, Zur Rechtmäßigkeit des nordrhein-westfälischen Studiengebührenmodells – Zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit dem Kronthaler-Gutachten, NWVBl 2007, S. 87 (89 f.); a.A. Ludwig Kronthaler, Gestaltungsmöglichkeiten und Grenzen bei der Einführung von Studienbeiträgen. Verfassungsrechtlicher Rahmen und einfachrechtliche Spielräume, WissR 39 (2006), S. 276, (295 ff.) und Ingo-Jens Tegebauer, Zur Verfassungsmäßigkeit der Finanzierung von Studienfonds durch Sonderabgaben, DÖV 2007, S. 600 (601), die eine Sonderabgabe annehmen, soweit mit der Studiengebühr ein Ausfallfonds finanziert wurde.

das „Lehrangebot einschließlich der damit verbundenen spezifischen Betreuung der Internationalen Studierenden“, § 3 Abs. 1 LHGebG n.F., ist aufgrund des Gegenleistungscharakters eine Vorzugslast.<sup>169</sup>

Die nichtsteuerliche Abgabe muss dem *Grunde* und der *Höhe* nach gerechtfertigt sein.<sup>170</sup> Gebühren und Beiträge sind dem Grunde nach bereits durch ihre Ausgleichsfunktion (Kostendeckung und Vorteilsausgleich) gerechtfertigt.<sup>171</sup> Die Höhe richtet sich nach legitimen Abgabenzwecken, zu denen jedenfalls die Kostendeckung, der Vorteilsausgleich, die Verhaltenslenkung sowie soziale Zwecke zählen. Diese Zwecke müssen nach der tatbestandlichen Ausgestaltung der konkreten Regelung „von einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung getragen werden“.<sup>172</sup> Diese Prüfung ist letztlich eine grundrechtlich determinierte,<sup>173</sup> wurde aber später zugunsten einer finanzverfassungsrechtlichen Kontrolle verschoben<sup>174</sup> und schließlich komplett unter der Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers verortet.<sup>175</sup> Neuere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts lassen einen etwaigen Kompetenzverstoß wiederum dahinstehen und prüfen die materielle Verfassungswidrigkeit der nichtsteuerlichen Abgabe im Lichte der Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung (Art. 104a ff. GG) gemeinsam mit der Wahrung der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen (Art. 3 Abs. 1 GG).<sup>176</sup>

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 LHGebG n.F. erheben die Hochschulen die Studiengebühren für ihr Lehrangebot einschließlich der damit verbundenen spezifischen Betreuung der Internationalen Studierenden. Klar ist, dass hiermit zunächst die (teilweise) Kostendeckung verbunden ist. Ausweislich der Entwurfsbegründung soll bei der Bemessung aber auch der wirtschaftliche und ideelle

Wert des Hochschulstudiums berücksichtigt werden,<sup>177</sup> womit ein Element des Vorteilsausgleichs gemeint sein dürfte. Da dieses allerdings keine ausreichende tatbestandliche Anknüpfung erfährt, kann die Verfassungsmäßigkeit gleichwohl nur unter Kostendeckungssichtspunkten geprüft werden.

Während Abgaben in Höhe von 500 EUR je Semester als unproblematisch eingestuft wurden, weil jedenfalls auch das kostengünstigste Studium teurer sei,<sup>178</sup> drängt sich diese Argumentation bei der dreifachen Höhe nicht mehr auf. Von den anrechenbaren Kosten sind zunächst reine Forschungskosten<sup>179</sup> sowie Kosten für die grundlegenden Voraussetzungen für ein funktionierendes Hochschulsystem herauszurechnen, da der Staat zur Bereitstellung bereits gemäß Art. 5 Abs. 3 GG verpflichtet ist.<sup>180</sup> Bedenkt man, dass günstige Studiengänge weniger als 3.000 EUR im Jahr kosten können,<sup>181</sup> scheint sich die hier veranschlagte Abgabenhöhe auch unter Berücksichtigung eines Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers an der Grenze zur verfassungswidrigen Kostenüberdeckung zu bewegen. Dabei bliebe aber unberücksichtigt, dass der Gesetzgeber bei der Bemessung nicht an das günstigste Studium gebunden ist, sondern die mittleren Kosten – bezogen auf die gesamte Lehre – zugrunde legen darf.<sup>182</sup> Würde der Gesetzgeber stattdessen einen prozentual fixen Anteil an den Kosten des jeweiligen konkreten Studiengangs erheben, könnte dies zu Verdrängungseffekten in günstige Studiengänge führen.<sup>183</sup>

Verfassungsrechtlich unzulässig wäre dagegen eine kostenüberdeckende vorteilsabschöpfende Studienabgabe,<sup>184</sup> die die Hochschulen nur von Ausländern erheben würden. Abgesehen von grundsätzlichen Schwierigkeiten bei der Berechnung des Vorteils würde eine derarti-

169 Richtigerweise wird man entgegen dem Duktus des Gesetzes den Charakter eines *Beitrags* im Rechtssinne annehmen müssen, weil die Abgabe bereits für die Möglichkeit der Nutzung, siehe die Nachweise in Fn. 166, zu leisten ist, näher *von Weschpfennig* (Fn. 4), S. 183 ff. Irritierend ist zunächst, dass die Abgabe „für das Land“ erhoben wird, sodass das Geld dem Staatshaushalt zufließt und nicht unmittelbar den Hochschulen zugutekommt. Unproblematisch ist dies im Ergebnis *jedenfalls* deshalb, weil die Hochschulen nach § 8 Abs. 1 Satz 1 LHG BW nicht nur rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts, sondern zugleich staatliche Einrichtungen sind.

170 BVerfGE 108, 1 (17) – Rückmeldegebühr; 135, 155 Rn. 121 – Filmabgabe.

171 BVerfGE 93, 319 (343 f.) – Wasserpfeffennig; 108, 1 (17) – Rückmeldegebühr.

172 BVerfGE 108, 1 (18 ff.) – Rückmeldegebühr.

173 Vgl. BVerfGE 50, 217 (226 ff.).

174 Vgl. BVerfGE 93, 319 (342 ff., 348 ff.) – Wasserpfeffennig; zur Sonderabgabe: BVerfGE 55, 274 (298 ff.) – Berufsausbildungsabgabe.

175 BVerfGE 108, 1 (15 ff.) – Rückmeldegebühr; dem folgend BVerfGE 134, 1 Rn. 14 ff. Bereits BVerfGE 55 274 (298 ff.) – Berufsausbildungsabgabe – prüft die Sonderabgabe in kompetenzieller Hinsicht, erkennt aber einen Grundrechts-Kompetenz-Zusammenhang (S. 302).

176 BVerfGE 132, 334 Rn. 47 – Berliner Rückmeldegebühr; 135, 155 Rn. 120 f. – Filmabgabe; BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 2017 – 2 BvL 2/14 u.a., juris, Rn. 61 f. zu den brandenburgischen Rückmeldegebühren.

177 LT-Drs. 16/1617, S. 16.

178 Siehe nur BVerfGE 134, 1 Rn. 16, 22.

179 Im Hinblick auf die Einheit von Forschung und Lehre wird eine sinnvolle Trennung allerdings häufig nicht möglich sein.

180 *Von Weschpfennig* (Fn. 4), S. 203 ff. Diese Verpflichtung trifft den Staat zwar nicht gegenüber ausländischen Studierenden. Jedoch müssen etwa Hörsäle ohnehin errichtet und unterhalten werden – unabhängig von der Zusammensetzung der Studierendenschaft.

181 Vgl. *Riedel* (Fn. 6), S. 66 f.; *von Weschpfennig* (Fn. 4), S. 139 ff.

182 Enger *Riedel* (Fn. 6), S. 61.

183 Näher *von Weschpfennig* (Fn. 4), S. 207 ff. Zwar ist der Gesetzgeber gegenüber ausländischen Studierenden nicht im selben Maße in der Pflicht unerwünschte Allokation zu verhindern; gleichwohl *darf* er derartige Aspekte berücksichtigen. Ebenso zulässig wäre aber auch eine anteilmäßige Abgabe bezogen auf das konkrete Studium, ebenso *Riedel* (Fn. 6), S. 60 ff.

184 Näher zum grundsätzlich zulässigen Vorteilsausgleich siehe *von Weschpfennig* (Fn. 4), S. 215 ff.

ge Abgabe über die eigene Kostenverursachung hinaus nur die Hochschulen quersubventionieren.<sup>185</sup> Wird eine derartige Abgabe nicht gleichzeitig von Inländern erhoben, fehlt es – anders als bei der bloßen Kostendeckung – an einem ausreichenden Differenzierungsgrund.

## VI. Fazit

Die Frage nach der Zulässigkeit von selektiven Studienabgaben für Nicht-EU-/EWR-Ausländer gestaltet sich wegen der zahlreichen (potenziell) einschlägigen völkerrechtlichen Verträge und einer sich wandelnden Rechtsauffassung zur Ungleichbehandlung von ausländischen Staatsangehörigen als komplex. Der baden-württembergische Gesetzgeber sieht zahlreiche Ausnahmen für im Lebens- und Kulturkreis verankerte Ausländer sowie aus Gründen besonderer Schutzbedürftigkeit vor. Gegenüber der hiernach verbleibenden Gruppe besteht keine grund- oder völkerrechtliche Verpflichtung, ein kosten-

loses Studium zur Verfügung zu stellen. Die erhöhten Rechtfertigungsanforderungen des Bundesverfassungsgerichts zu Benachteiligungen von Ausländern im sozialrechtlichen Kontext lassen keine anderen Rückschlüsse zu. Über Sinn und Unsinn selektiver Abgaben hat der politische Diskurs zu entscheiden sowie die Bewährung in der Praxis zu zeigen. Die Gerichte sollten in etwaigen Verfahren gegen die Abgabenerhebung die Anforderungen an eine zulässige Differenzierung nicht weiter ausdifferenzieren und eine Gleichbehandlungspflicht als verfassungsrechtlich vorgegeben ansehen, sondern stattdessen dem Gesetzgeber einen Handlungsspielraum belassen.

Armin von Weschpfennig ist Akademischer Rat a.Z. an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Institut für Öffentliches Recht (Lehrstuhl Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner LL.M.).

<sup>185</sup> Ein Zufluss in den allgemeinen Staatshaushalt wäre dagegen problematisch, vgl. von Weschpfennig (Fn. 4), S. 238 ff., 248 f., 487.

